

HISTOIRE

de la

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE

A ROME.

HISTOIRE

DE LA

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE

A ROME

par

Pierre LANÉRY D'ARC,

DOCTEUR EN DROIT,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU, Editeur,

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13.

1888

AVANT-PROPOS

A considérer leur tempérament législatif, on pourrait classer les peuples en deux catégories : les uns, amis du progrès, sans s'arrêter à un respect des anciens, qu'ils regardent comme puéril et comme sot préjugé, renversent hardiment leurs lois dès qu'ils les jugent incompatibles avec les mœurs de leur époque. La Grèce, dans l'antiquité, la France, dans les temps modernes, ont été de ces novateurs.

Les autres, au contraire, pleins de respect pour la tradition, conservent avec un soin pieux les lois de leurs ancêtres et ne les abolissent point, lors même qu'ils les jugent inutiles. Ils préfèrent les tourner, et si leurs lois se modifient, c'est en quelque sorte malgré eux, par la force des choses, par le mouvement lent, mais continu des mœurs et des usages, mouvement auquel si un législateur théorique peut se soustraire, le magistrat aux prises avec la pratique ne saurait échapper. Les Romains autrefois, les Anglais dans notre ère ont obéi à ce principe *traditionnaliste*.

Leurs réformes sont le plus souvent sages, car elles ne procèdent qu'avec lenteur et ne sont opérées qu'après que le temps, la raison et l'expérience en ont démontré la nécessité.

Si les peuples novateurs, au contraire, n'ont pas besoin de s'inspirer des législations voisines, mûs par les passions, ils se laissent trop souvent entraîner au détriment de la raison : ils modifient avec hâte et précipitation ; souvent même leurs réformes sont pires que les lois par elles atteintes ; aussi ne sont-elles point durables et à la première occasion ces nouvelles lois sont-elles, avec la même rapidité, remplacées par d'autres aussi peu réfléchies. Révolutions et réactions, tel est le lot de ces nations.

Tandis que le peuple novateur abroge l'institution qu'il juge inutile, le peuple traditionnaliste, au contraire, la garde, bien qu'il en ait oublié non seulement l'usage, mais même la raison d'être originaire, et il se la transmet de génération en génération avec respect, sans pouvoir souvent la justifier.

Aussi, lorsqu'on jette un coup-d'œil d'ensemble sur les institutions romaines, on est surpris de voir, même à l'époque classique, c'est-à-dire au moment où le droit romain fut le plus brillant, un aussi grand nombre de contradictions dans ses détails, comme aussi dans ses dispositions principales.

La cause de ces contradictions ne saurait étonner, lorsqu'on sait quel culte les Romains attachaient à la tradition, lorsqu'on examine avec quel soin jaloux ils s'efforçaient de conserver intacte et de maintenir en vigueur la vieille

loi décemvirale. Ce respect, s'il a contribué puissamment à conserver aux Romains leur rudesse de mœurs primitive, n'a-t-il pas contribué aussi à leur donner leur caractère de grandeur et de majesté ?

Quelles furent les causes de cet éloignement pour toute modification, pour tout ce qui leur paraissait devoir porter atteinte à leur loi originaire ? C'était d'abord la peur que chacun avait qu'on empiétât sur ses droits, c'était ensuite le peu d'entente qui exista toujours entre les divers ordres de la nation, la compétition constante du pouvoir entre le Sénat, les comices par centuries, où dominait l'élément patricien, et les comices par tribus, où l'influence appartenait à la plèbe.

La puissance législative, le partage des magistratures, l'abolition des dettes, les lois agraires furent des causes de dissensions perpétuelles entre les classes de la nation. Chaque fois donc que le besoin d'une modification à la loi existante se faisait sentir, on se gardait de mettre l'autorité législative en mouvement de peur de réveiller les compétitions, les luttes et la guerre civile.

Voyant que jamais l'entente ne pourrait exister, que jamais on ne pourrait concilier les intérêts divers d'une façon satisfaisante pour chacun, on prit un biais. On créa un magistrat — démembrement du consulat — qui réunit à la fois en sa main le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Le préteur eut donc la triple mission : d'appliquer la loi existante, d'y suppléer en cas de silence, enfin de la modifier dans ses rigueurs à l'aide d'édits qui avaient force exécutoire. « *Jus prætorium,* dit Papinien, *est quod prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel*

corrigendi juris civili gratia, propter utilitatem publicam [1]. »

Comme l'a dit Montesquieu avec raison, les lois sont les rapports nécessaires qui résultent de la nature des choses. « Les institutions d'un peuple sont en rapport nécessaire « avec les conditions économiques, politiques, intellec- « tuelles, morales, dans lesquelles ce peuple se trouve « placé, avec le degré de civilisation auquel il est parvenu. « Or, l'état social d'un peuple ne reste jamais le même ; « tout ce qui vit doit grandir, se développer.... d'après « les enseignements de l'histoire, il en est de l'organisme « social comme de l'individu... Il est à remarquer toutefois « que chez les anciens, nous le voyons très nettement dans « l'étude du droit romain, on professait le respect le plus « grand pour les institutions du passé ; la préoccupation « du législateur comme celle du juge était de se conformer « aux coutumes anciennes, et ce n'est en quelque sorte « qu'à regret, lorsque la nécessité s'en faisait impérieuse- « ment sentir, que des innovations étaient introduites. A « Rome, dans le domaine du droit privé, c'est surtout à « partir de l'empire qu'on constate des lois importantes. »

Les agents modificateurs de la loi, par cela même, jouaient chez les anciens un rôle bien plus considérable que dans les législations actuelles.

« Les anciens, en effet, professaient une sorte de respect « superstitieux pour la loi écrite, ils y touchaient rarement, « et, lorsque la force des choses, les changements que

(1) Dig. I, 1, *De justitia et jure*, l. 7, § 1.

« subissait leur état social, les obligeaient à modifier la loi,
« c'était le plus souvent par des moyens détournés qu'ils
« arrivaient à ce résultat. Ils n'abrogeaient pas un texte
« vieilli, mais ils plaçaient à côté de lui des décisions
« d'équité, et ces décisions en s'accumulant formaient une
« jurisprudence ayant bientôt plus de valeur que le texte
« lui-même. Le texte, ainsi mis de côté, est semblable aux
« fossiles qui nous rappellent les temps disparus ; il a
« joué un rôle utile dans l'organisme social, il a été vivant
« tant qu'il a répondu aux nécessités qui l'avaient fait
« adopter ; puis, plus tard, il disparaît sous la gangue
« des décisions qui l'ont modifié et ne possède plus désor-
« mais qu'une valeur historique (1). »

Placé, en effet, entre la lettre d'une loi vieillie, trop stricte, trop rigoureuse, qu'il devait cependant respecter, et le besoin d'une loi plus douce, mieux conforme à une civilisation plus policée, mieux en rapport avec les temps, le préteur eut à faire œuvre de conciliation.

Pour atténuer les rigueurs de la loi des Douze-Tables, il s'efforcera de prendre des détours habiles, d'introduire des fictions, d'admettre des exceptions, en un mot d'inaugurer un système de ruses et de subterfuges ingénieux qui lui permettront de déguiser les triomphes obtenus par le progrès, sans blesser les susceptibilités, sans modifier la lettre de l'ancien *jus quiritium*.

« C'est un beau et religieux spectacle, dit Michelet, de
« voir avec quel scrupule le juge romain se laisse pousser

(1) Alfred Gautier, *Hist. du droit*, 1884, p. 9.

« d'interprétation en interprétation hors de la loi écrite,
« marchant, traîné plutôt, et ne convenant jamais qu'il a
« marché. Il faut voir comme il se tourmente, et tour-
« mente la langue ! Comme il ruse avec le vieux texte,
« comme il arrache à l'impitoyable airain des pensées de
« douceur et d'équité qui n'y furent jamais. Le vieux
« sophiste ment respectueusement à la loi pour ne pas
« mentir au droit éternel (1). »

Mais, tout en accomplissant son œuvre de réforme, tout en pliant la pratique du droit civil à l'équité et au bon sens, le préteur, loin d'en changer l'étiquette, laissera toujours son œuvre sous la même rubrique de l'ancien droit, la laissera enveloppée de ses vieilles formes, il ne transforme des lois que leur esprit tout en leur conservant leur aspect extérieur. Ce revêtement ne continuera à subsister que pour rassurer les Romains, que pour leur laisser l'illusion qu'ils sont encore sous l'empire de la loi des Douze-Tables, cette constitution puissante à laquelle ils savent qu'ils doivent leur grandeur.

Voilà ce qui explique pourquoi le droit romain classique se trouve émaillé parfois de contradictions. C'est que le préteur se borne à construire de nouveau, mais à côté du vieil édifice ; c'est qu'il crée sans abattre.

Toutefois, ces incohérences apparentes se trouvent dans la forme plutôt qu'au fond, et tout esprit sérieux, loin de s'attacher à cet aspect superficiel , ne pourra qu'être frappé de l'unité admirable de la législation romaine, de

---

(1) Michelet, *Origines du droit français*, p. 113.

l'enchaînement mathématique de ses formules, en même temps que de la valeur incontestablement pratique du droit des jurisconsultes.

A chaque pas, dans l'étude des textes, on trouve des exemples de ces luttes entre le droit civil et le droit prétorien.

L'étude des successions ménage, sous ce rapport, bien des épisodes intéressants. C'est là, en effet, une des matières où le préteur innova le plus. La loi des Douze-Tables, qui prenait pour base, dans la dévolution des successions *ab intestat* — d'après un principe à la fois politique et religieux — la conservation des biens dans les familles, arrivait à des exclusions contraires à la loi naturelle. Le préteur supprima donc ces rigueurs, contre lesquelles protestait l'équité, et appela des personnes que la loi excluait. Mais, pour saufgarder les apparences, il continua à conserver aux anciens élus leur nom d'*héritiers,* et se contenta d'appeler ceux qu'il leur préférait *possesseurs de biens,* chose qui, sans nul doute, leur importait d'ailleurs fort peu.

Nous nous proposons d'étudier toutefois une autre matière, moins vaste, dans laquelle éclate cependant de la même façon cette œuvre prétorienne de conciliation, exemple qui montre, d'une façon tout aussi saisissante et dans un cadre plus restreint, le travail de réforme, de *modernisation* qui fut appliqué au droit de propriété.

On sait combien, dans les premiers siècles de Rome, un formalisme étroit et exagéré réglait toutes les opérations

juridiques et dominait la loi des Douze-Tables. Si, à une époque, ce rigorisme avait eu sa raison d'être, il en était arrivé à un véritable excès, il entravait complètement les affaires et aboutissait à de révoltantes injustices, notamment en ce qui concernait le transfert de propriété.

C'est en vain, en effet, sous l'empire de la loi des Décemvirs, qu'un propriétaire consent librement à transmettre sa chose, c'est en vain qu'il en fait tradition. S'il n'a pas obéi à la prescription de faire un acte purement artificiel, s'il a employé un mode qui ne concordait pas, selon la lettre de la loi, avec la nature de la chose, la propriété n'était pas transférée et, au mépris de la bonne foi, l'aliénateur pouvait reprendre, entre les mains de l'acquéreur, la chose qu'il lui avait livrée.

Le préteur se hâte d'intervenir pour réparer une si flagrante injustice. Ne pouvant pas supprimer le texte créateur de cette mesure par trop rigoriste, il eut l'idée de créer, à côté du *dominium ex jure quiritium*, une autre espèce de domaine, domaine inférieur si l'on veut, mais qui procurait tous les avantages utiles de la propriété — terme qui resta toujours uniquement consacré à désigner la vieille propriété de la loi des Douze-Tables — mais qu'on désigna par cette périphrase : *la chose qui est dans les biens de l'acquéreur*.

Certains romanistes, surtout de l'école allemande, ont appelé communément cette propriété prétorienne la propriété *bonitaire*, tandis qu'ils appelaient *quiritaire* la vieille propriété romaine. Nous éviterons ces appellations qui sont de l'invention de Théophile, ces termes qui n'ont jamais

figuré dans les textes et qui ont l'inconvénient de ne pas laisser voir le caractère et l'origine de notre institution.

Cette étude portera donc sur l'*in bonis esse*. Nous étudierons d'abord son origine, les causes qui lui donnèrent naissance ; en second lieu, nous plaçant à l'époque où cette institution sera arrivée à son entier développement, nous analyserons ses caractères, sa nature, ses cas d'application, ses avantages et ses désavantages. Enfin, en guise de conclusion, nous verrons comment cette création prétorienne contribua à la création de la propriété, selon la loi naturelle ; comment les constitutions impériales, qui n'avaient pas les mêmes ménagements à garder envers le droit civil, s'en emparèrent, la débarrassèrent, la simplifièrent ; comment, en un mot, prit naissance la *propriété*, telle que nous l'entendons aujourd'hui.

CHAPITRE PREMIER.

—

Naissance de l'in bonis esse.

Nos anciens romanistes avaient déjà eu occasion de voir cette distinction entre la propriété *in bonis* et celle *ex jure quiritium*. En effet, les fragments d'Ulpien (1) qui furent publiés, comme l'on sait, en 1549, et la paraphrase grecque de Théophile, découverte au XVIe siècle et publiée en 1752 (2), indiquent plusieurs conséquences de cette distinction.

Malheureusement l'insuffisance des documents qu'on

---

(1) *Qui tantum* IN BONIS, *non etiam* EX JURE QUIRITIUM *servum habet, manumittendo latinum facit.* IN BONIS *tantum alicujus servus est, velut hoc modo*, etc... Ulpien, *Fragmenta* I, 16.

(2) Εστίν οὖν ὡς εἶπον φυσικὴ δεσποτεία, καί ἔννομος δεσποτεία καὶ ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται *in bonis*, καὶ ὁ δεσπότης βονιταριος, ἡ δὲ ἔννομος λέγεται *ex jure quiritium* τοῦτ' εστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν Κουιριτῶν (Ρωμαιων). Liv. I, tit. V § 94 (p. 58 édit. Reitz).

possédait à cette époque sur le droit romain, ne permit pas aux jurisconsultes d'alors de bien saisir les vrais caractères de la distinction entre la propriété prétorienne et celle du droit civil. Chacun d'eux ne pouvant faire que conjecturer, se servit plus de ses doctrines politiques que de documents certains.

Aussi J.-B. Vico[1], le hollandais Schrader[2] et Niebuhr[3] avaient-ils fait de cette distinction de propriétés le corollaire, la conséquence de la distinction de castes. D'après eux le *dominium ex jure quiritium* eût été la propriété patricienne, féodale, tandis que l'*in bonis* eût été celle de la classe plébéïenne, la propriété roturière.

La découverte à Vérone des Institutes de Gaïus en 1816 a fait tomber ces erreurs, a renversé ces poétiques hypothèses ; elle n'a point toutefois éclairci complètement la question de l'origine de l'*in bonis*, elle a seulement rétréci le champ de la difficulté. Grâce au manuscrit de Gaïus, en effet, nous savons que le droit civil ne reconnaissait que le *dominium ex jure quiritium* et ignorait la propriété *in bonis*.

Le manuscrit découvert par Niebuhr, très utile au point de vue de l'existence et de l'organisation de ce double domaine, du développement et du fonctionnement de la propriété prétorienne, laisse malheureusement complètement dans l'ombre son origine, les faits, les besoins, les

---

(1) J.-B. Vico, *Cinque libri de principi d'una scienza nuova*, Naples, 1725.

(2) Schrader, *Civilist. magaz.* d'Hugo, t. V. p. 147 suiv.

(3) Niebuhr, *Histoire romaine*.

causes qui lui ont donné naissance et l'esprit dans lequel elle fut créée.

En l'absence de texte précis, la question d'origine a donné lieu à discussion, et deux systèmes principaux ont été émis :

L'un fait de l'*in bonis* la propriété du droit des gens, la propriété accessible aux étrangers ;

L'autre, au contraire, en fait un domaine éminemment national.

Système de l'*in bonis esse* propriété du droit des gens.

D'après ce système, l'*in bonis* serait un domaine d'équité créé pour corriger le caractère par trop rigoriste de la loi civile relativement au droit de propriété. Voici comment il raisonne :

Autrefois, disait Gaïus, il n'y avait qu'un seul droit de propriété admis à Rome ; on était propriétaire ou on ne l'était pas du tout : « *Aut enim ex jure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus.* » Mais ensuite on dédoubla ce droit, de telle sorte qu'une personne put avoir la propriété *ex jure quiritium* sur un fonds, alors qu'une autre personne pouvait avoir ce même fonds en sa possession légitime, *in bonis :* « *Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse* EX JURE QUIRITIUM *dominus, alius* IN BONIS *habere* [1]. »

Gaïus donne un exemple pour faire comprendre clairement quel était l'effet de chacun de ces domaines : « *Si tibi* REM MANCIPI *neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum* TRADIDERO, IN BONIS TUIS *ea res efficietur,* EX JURE QUIRITIUM *vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias ; semel enim impletâ usucapione, proindè pleno jure incipit, id est, et* IN BONIS *et* EX JURE

(1) Gaïus, *Instit*, c. II, § 40.

QUIRITIUM *tua res esse, ac si ea tibi mancipata vel in jure cessa esset* [1]. »

Ainsi donc, durant cette période que Gaïus désignait sous le nom d'*autrefois*, tous les objets n'étaient pas susceptibles du *dominium ex jure quiritium,* ce droit ne s'appliquait, en effet, qu'aux *res mancipi.* Le terme même l'indique : *res mancipii*, choses de propriété romaine. Quant aux autres objets, *res nec mancipi,* ils n'étaient susceptibles que d'un *usus,* d'une sorte de possession, d'une jouissance de fait.

En second lieu, la *lex Duodecim Tabularum* qui qualifiait l'étranger d'*hostis*, par une rigueur un peu excessive, se fondant sur cette idée que la base de la propriété était le droit de conquête, écartait du *dominium* tout étranger qui n'avait pas obtenu le *jus commercii.*

Lorsqu'avec le temps et une civilisation plus avancée, les mœurs se furent adoucies, que les rapports des Romains avec les provinciaux furent devenus plus fréquents, on sentit le besoin de reconnaître au détenteur des *res mancipi,* en même temps qu'aux étrangers, un droit positif, et on imagina à ce double effet l'*in bonis,* dont le caractère était double : c'était à la fois et une propriété du droit naturel sur les *res nec mancipi,* et une propriété du droit des gens accessible aux étrangers.

Ce système s'appuie sur le texte de Théophile que nous avons donné précédemment et dans lequel il nomme l'*in bonis* : propriété du droit naturel ἡ φυσικὴ. »

(1) Gaïus, *Instit.*, c. II, § 41.

Il compte de nombreux défenseurs [1]; voici toutefois les arguments qu'on leur oppose.

Vous donnez à l'*in bonis* deux causes. Examinons-les.

PREMIÈRE CAUSE. — Vous dites que les *res nec mancipi* étaient insusceptibles du *dominium ex jure quiritium.* Ce qui prouve que vous êtes dans l'erreur, ce sont les textes de Gaïus [2] et d'Ulpien [3], disant à propos du legs *per vindicationem :* « Le testateur doit être propriétaire *ex* « *jure quiritium* de la chose léguée. S'il s'agit d'un legs « de choses qui s'apprécient au nombre, au poids ou à la « mesure, telles que le blé, le vin, l'huile, il suffit que le « testateur en soit propriétaire au moment de la mort. » Ces choses sont *res nec mancipi,* et il faut que le testateur en soit propriétaire *ex jure quiritium.* C'est donc que le domaine romain était applicable aux *res nec mancipi,* tout comme aux *res mancipi.*

De plus, on sait que la *cessio in jure* était applicable aux *nec mancipi* comme aux *mancipi ;* or Ulpien nous dit que dans la *cessio in jure* il fallait que l'acquéreur, simulant une revendication, dise : « *Hanc ego rem* EX JURE QUIRITIUM *meam esse aio* [4]. »

---

(1) Conradus, *De veris rerum mancipi et nec mancipi differentiis,* 1739 ; de Vangerow, *Manuel des Pandectes,* t. I, § 295, p. 540, note 2, 7e édit ; R. de Fresquet, *Traité de droit romain,* I, p. 216.

(2) Gaïus, *Institut.,* c. II, § 196.

(3) Ulpien, *Regul.,* XXIV, 7.

(4) Ulpien, *Regul.,* XIX, 9.

L'unique argument de ce système est assez faible. Vous prétendez que *res mancipi* veut dire « choses susceptibles de propriété romaine. » Oui, mais ce sens n'est qu'un sens dérivé, secondaire et n'est pas le sens primitif, originaire ; il ne faut pas prendre l'effet pour la cause. Le vrai sens, celui qui est donné, non pas par nos romanistes modernes, mais par les textes eux-mêmes, par conséquent le seul sens qui soit sérieux, le seul qui puisse servir de base à une discussion, est celui donné par Gaïus : « On appelle *res mancipi* les choses qui peuvent faire l'objet d'une mancipation [1]. »

L'acte solennel de la mancipation s'appelait *mancipium* [2] ; la *res mancipii* était donc la chose de la mancipation, l'objet qui y pouvait être soumis [3].

Le texte de la paraphrase des Institutes de Théophile n'est pas assez précis pour prouver grand chose. Il est conçu dans des termes assez généraux et veut dire tout simplement que l'*in bonis* a été créé sous l'influence du droit naturel, des idées d'équité, pour venir modifier le droit civil. Or cette idée générale est commune à tous les systèmes.

SECONDE CAUSE. — Vous dites que l'*in bonis* a été créé aussi pour permettre aux étrangers une propriété.

---

(1) « *Mancipi res sunt quæ per mancipationem ad alium transferuntur* » Gaïus, *Instit.*, c. II, § 22.

(2) « *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto,* » *Lex Duodecim Tabularum*, VI.

(3) Heineccius, *Antiq. rom. synt.*, édit. Mühlenbruch, p. 350, note D.

Non, car Ulpien, parlant des conditions requises pour la création de l'*in bonis,* suppose la qualité de citoyen romain chez l'acquéreur et chez l'aliénateur. « *Si* CIVIS *romanus, a* CIVE *romano servum emerit.....* [1]. »

Non, car Paul [2], après avoir dit que la constitution et la réserve d'usufruit exigent un mode du droit civil, ajoute que la tradition, qui serait suffisante à transférer la propriété d'une *res nec mancipi*, ne peut en transférer l'usufruit, de même « qu'elle est impuissante à transférer à un pérégrin l'usufruit d'une *res mancipi.* » C'est bien dire *a contrario* que la tradition d'une *res mancipi* transfère la propriété au pérégrin, sans cela, il eût été bien inutile, après avoir posé comme prémisses que la loi était plus sévère pour le transfert d'usufruit que pour le transfert de la propriété elle-même, de dire qu'un mode impuissant à transférer la propriété était impuissant aussi à transférer l'usufruit.

N'est-il pas à croire que, si l'*in bonis* eût été comme on le prétend la propriété spéciale aux étrangers, ceux-ci eussent été appelés à la succession prétorienne, eussent obtenu la *bonorum possessio,* puisque celle-ci ne donnait que l'*in bonis ?*

Il est de l'essence de l'*in bonis* de se transformer en *dominium ex jure quiritium* par l'usucapion, or les étrangers ne pouvaient pas usucaper. Leur *in bonis* aurait

---

(1) Ulpien, *Regul.*, I, § 16.

(2) Paul, *Fragmenta vaticana,* § 47.

donc été d'une autre nature que l'*in bonis* qui était né de la première cause ?

L'*in bonis* est garanti par l'action Publicienne, or l'usucapion, qui suppose l'usucapion accomplie, est refusée aux étrangers. Leur *in bonis* eut donc été moins bien protégé que celui attaché aux *res nec mancipi ?*

Ce système se fonde sur cette idée qu'avant la création de l'*in bonis*, on refusait aux étrangers le *dominium*, et qu'ils ne pouvaient pas être propriétaires. Que cela fût, tout-à-fait à l'origine, à l'époque où la loi des Douze-Tables était encore observée dans tout sa rigueur, bien. A cette époque barbare en effet, l'étranger dans sa personne, comme dans ses biens, était de bonne prise partout où il n'était pas protégé par le droit de l'hospitalité. Mais tout nous montre que cette rigueur disparut peu à peu, et que, grâce à l'influence des principes humanitaires et philosophiques, on reconnut de bonne heure aux étrangers une propriété, un *dominium apud peregrinos,* selon l'expression de Gaïus (1), mais une propriété spéciale, complète et qui n'était point l'*in bonis*.

Ce domaine pérégrin devait avoir une sphère d'application aussi large que le domaine *ex jure quiritium* et devait s'appliquer sans nul doute, comme le montre le fragment de Paul précité, aux *res mancipi* mobilière. Walter nous dit même que ces questions de propriété pérégrine se plaidaient devant les *recuperatores* (2).

---

(1) Gaïus, *Instit.*, c. II, § 40.

(2) Walter, *Hist. du droit romain*, 3e édit., II, § 568.

En quoi le domaine pérégrin différait-il donc du *dominium quiritium ?*

Nous croyons qu'il ne pouvait pas porter sur le sol italique, mais, qu'en dehors de cette restriction, il lui était semblable et donnait les mêmes avantages.

Il est certain qu'avec le double caractère religieux et politique qu'avait aux yeux des Romains la propriété immobilière, encore que les lois eussent bien diminué de rigueur vis-à-vis des étrangers, ceux-ci ne durent jamais être admis à la propriété du sol italique. N'était-ce pas en effet la propriété foncière qui donnait le droit de suffrage ? Un peuple aussi jaloux que les Romains se serait-il laissé envahir par l'étranger, alors que de nos jours, où les idées de fraternité universelle sont si répandues, bien des peuples n'admettent à la propriété nationale que les indigènes.

Le fragment de Paul, qui parle du transfert et de la réserve d'usufruit, prend comme exemple de domaine pérégrin un esclave. N'eût-il pas été plus naturel de prendre un fonds de terre, si tant est que la terre eût été susceptible de domaine pérégrin ?

La loi Julia, *De fundo dotali,* qui déclarait inaliénable le fonds dotal italique, n'était applicable qu'aux citoyens, car elle impliquait l'existence du *connubium*. Si les pérégrins avaient pu posséder des terres italiques, cette loi n'eût pas manqué d'ajouter que les terres italiques des pérégrins qui seraient fonds dotaux ne seraient pas frappées d'inaliénabilité [1].

---

(1) *Code,* V, 13, *De rei uxoriæ act.,* C. I, § 15.

M. Ribéreau [1] n'admet pas toutefois ces arguments, il trouve qu'en l'absence de texte prohibitif il faut croire que les étrangers pouvaient posséder le sol italique, comme tout autre domaine. Il se prévaut notamment d'un texte de Proculus dans lequel celui-ci, parlant des moyens qu'ont les pérégrins de faire respecter leurs propriétés, se sert de termes très généraux qui peuvent s'appliquer aux immeubles comme aux meubles [2].

Quoi qu'il en soit, la propriété pérégrine était inférieure à la propriété romaine à deux points de vue :

Tandis que celle-ci, en effet, pouvait s'acquérir par l'usucapion, celle-là ne le pouvait pas. Ainsi donc, si un perégrin avait acheté d'un non-propriétaire, tandis que, citoyen, il eût confirmé son titre par usucapion, pérégrin, nul laps de temps ne légitimait son droit et ne le mettait à l'abri de la revendication par le vrai propriétaire.

En second lieu, la *rei vindicatio*, par laquelle on se prétend propriétaire *ex jure quiritium*, et l'action publicienne fondée sur la fiction d'une usucapion accomplie, étaient également refusées aux pérégrins [3].

Quelle était donc l'action qui protégeait la propriété pérégrine ?

L'école allemande prétend que c'était la formule péti-

(1) Ribéreau, *Théorie de l'*IN BONIS HABERE, p. 22.

(2) Unterholzner, *Théorie de la prescription*, I, p. 106 ; Reinhardt, *Die usucap. und præscriptione des Ræm. rechts.*, p. 40.

(3) Gaïus, *Instit*, com. IV, §§ 16, 36, 41 ; Digeste, VI, I, *De rei vindic.*, I, § 2

toire. C'est une erreur, car la *formula petitoria* n'était qu'une des formes de la revendication. A cela on oppose que Gaïus, la définissant, ne mentionne pas dans l'*intentio* les mots : *ex jure quiritium* (1). Mais, répondrons-nous, dans ce paragraphe, Gaïus n'a pas pour objectif de donner le détail de la formule pétitoire ; il n'en veut pas faire une analyse complète ni rigoureuse, il se contente de l'opposer à la *sponsio*, en disant que son *intentio* est conçue *in rem*, tandis que celle de la *sponsio* l'était *in personam*.

Serait-ce, comme le prétend Walter, une action réelle fictice que donnait le préteur, en supposant au pérégrin le titre de citoyen, action qui lui aurait procuré exactement les mêmes avantages que la revendication (2) ? Nous ne le croyons pas.

Gaïus parle bien en effet d'actions *furti* et *legis aquiliæ* que le préteur avaient rendues accessibles aux pérégrins, *ficta civitate romana*, mais comment, si la revendication leur eût été de même accessible, Gaïus ne l'aurait-il pas dit expressément, et comment, étant donnée l'importance pratique de cette action, ne l'aurait-il pas nommée de préférence aux autres (3) ?

Il parait difficile, en l'absence de tout texte, de vouloir faire le jour sur cette difficulté et d'obtenir une certitude. N'est-il pas probable pourtant que le préteur pérégrin usa en cette occurrence de l'expédient de la question de fait,

---

(1) Gaïus, *Instit.*, com IV, § 92.

(2) Walter, *Hist. du droit romain*, § 568.

(3) Gaïus, *Instit.*, c. IV, § 37.

subordonnant, comme il le faisait maintes fois, le droit à la vérification du fait qui pouvait y donner naissance, nécessité pratique d'où est née l'*actio in factum* [1]. N'est-ce pas là ce que Frontin entend par la *rei vindicatio ex æquo* qui, d'après lui, était donnée aux pérégrins [2] ?

---

(1) Ortolan, *Explic. histor. des Instit. de Justinien*, Paris, 1857, t. III, § 1909.

(2) Frontin, *Rei agrariæ scriptores*, édit. Lachmann, Berlin, p. 28.

Système de l'*in bonis esse* propriété nationale secondaire.

D'après les paragraphes 40 et 41 des Commentaires de Gaïus, il faut rattacher cette institution à la division des choses en *mancipi* et *necəmancipi.*

Lorsque deux personnes, au lieu d'employer un mode du droit civil pour transférer la propriété d'une *res mancipi,* ne se servaient que de la tradition, la propriété n'était pas complétement transférée. Le *tradens* restait propriétaire *ex jure quiritium,* l'*accipiens* avait la chose *in bonis*.

Il faut croire que l'institution de l'*in bonis* a pris naissance postérieurement à la division des choses en *mancipi* et *nec mancipi,* puisqu'elle en a été la conséquence. Cette division des choses avait été établie par la loi des Douze Tables(1). Sous l'empire de cette loi, lorsqu'on n'avait pas rigoureusement observé les formes solennelles qu'elle prescrivait, la propriété n'était pas transférée, et celui qui avait livré pouvait donc toujours en conséquence la revendiquer.

Peu à peu on trouva cette rigueur excessive et le préteur fut appelé à intervenir. Il protégea d'abord le possesseur par l'usucapion, puis par une exception, enfin en lui

---

(1) Gaïus, *Instit.*, com. II, § 47.

donnant une action. Mais, toujours fidèle à sa ligne de conduite de laisser subsister le vieux droit, il maintint au *tradens* son ancien titre et lui laissa le *dominium ex jure quiritium,* dépouillé de tous les avantages pratiques dont il avait gratifié si équitablement l'*accipiens*.

Tel est donc le fait, la cause occasionnelle qui donna naissance à la propriété prétorienne.

Mais une question préalable se pose à l'esprit. *Pourquoi le vieux droit romain avait-il établi cette distinction entre les* RES MANCIPI *et* NEC MANCIPI ?

Bien des hypothèses ont été présentées sur ce point [1], car, grâce à l'absence de texte, l'arbitraire a joué un grand rôle dans leur enfantement et dans les controverses qu'elles ont soulevé.

Puffendorf, le premier, rattacha cette distinction à une idée politique [2]. On sait que Servius Tullius, à côté de la vieille aristocratie patricienne, forma une aristocratie de richesse et établit le droit de suffrage d'après la fortune de chacun.

Naturellement on ne pouvait prendre, pour base de cette évaluation de fortune, que des objets importants et d'une circulation difficile. La propriété foncière était tout

---

(1) Blondeau, *Chrestomathie,* Paris, 1830, p. 195.

(2) Puffendorf, *Elementorum jurisprudentiæ universalis libri duo*, édit. 1669, p. 215-248.

indiquée, et avec elle ses accessoires, les choses servant à la cultiver, telles que les bêtes de somme et les esclaves.

Afin qu'on pût constater facilement la valeur de la fortune de chacun, au jour de son vote dans la centurie, il fallait rendre la transmission de la propriété des objets qui étaient la base de cette estimation, plus difficile que la transmission des choses qui n'étaient point considérées dans cette évaluation et qui étaient d'un commerce journalier.

Donc les choses mentionnées sur les registres du cens exigeaient la formalité solennelle et publique de la mancipation et s'appelèrent à cause de cela *res mancipi*. Au contraire, les autres purent être transmises par des modes moins solennels et furent appelées *nec mancipi*.

Pour empêcher à l'égard des premières les omissions, les fraudes, les doubles emplois, la loi édicta, non seulement la publicité et la solennité, mais encore une pénalité. Celle-ci consistait dans la nullité de l'acte, dans la condition d'infériorité où se trouverait l'*accipiens* en cas de simple tradition, condition d'infériorité où il serait forcé de rester, ne pouvant pas parfaire son titre et étant de la sorte à la merci constante du *tradens*.

En France, lorsque le droit de suffrage fut subordonné à la fortune, la loi du 19 avril 1831 ne vint-elle pas établir une distinction analogue entre les biens, et ne considéra-t-elle pas uniquement ceux d'entre eux dont l'existence pouvait être facilement constatée, à l'exclusion des autres[1]?

---

(1) R. de Fresquet, *Revue historique*, 1857, p. 509; Huc, *Du formalisme romain*, Toulouse, 1861, p. 24.

M. Huschke donne un systéme à peu prés analogue [1]. D'après lui, les choses *mancipi* seraient celles qui, dans le monde des choses, répondaient à la nature publique du citoyen romain et qui par conséquent ne pouvaient être transférées que d'une façon publique.

Nous ne croyons pas qu'il faille voir, dans cette division des choses, une préoccupation politique.

Il est certain que Servius Tullius avait imaginé les registres du cens dans un double but et, qu'à côté du droit de suffrage, ceux-ci devaient servir aussi à la répartition de l'impôt. Or, il est plus que probable que dans ce dernier but tous les biens devaient figurer sur les registres. A cette époque même reculée, est-il croyable que l'argent monnayé et les autres choses mobilières et *nec mancipi* ne fussent pas déjà un élément considérable de la richesse ?

M. Ribéreau a cherché à apporter comme réfutation les témoignages historiques [2]. D'après Tite-Live [3] et Denys d'Halicarnasse [4], dit-il, le *paterfamilias* faisait inscrire sur les registres du cens tous ses biens de quelque nature qu'ils fussent. Lactance aussi disait qu'on devait inscrire tous les animaux « *animalia omnis generis* [5]. » Toutefois ces arguments ne nous satisfont guère, les termes dont se

(1) Huschke, *Droit du nexum*, p. 9, 12, 900.

(2) Ribéreau, *Théorie de l'in bonis habere*, p. 28.

(3) Tite-Live, *Hist. romaine*, livre XXXIX, § 44.

(4) Denys d'Halicarnasse, *Antiq. rom.* IV, § 16.

(5) Lactance, *De morte persec.*, t. II, § 23, édit. Paris 1748, p. 214.

servent ces écrivains étant extrêmement vagues et ne paraissant pas préciser que les *res nec mancipi* dussent être inscrites sur les registres du cens.

Quoi qu'il en soit, faut-il chercher une origine à la mancipation et à la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, ailleurs que dans cette nécessité de formalisme mystique et religieux qui se trouve à la naissance de tous les peuples ?

Rome n'a-t-elle pas suivi la loi commune à toutes les nations : rudesse et formalisme au berceau, c'est là le cachet de toutes les civilisations naissantes. Cette explication ne suffit-elle pas et est-il besoin de chercher à légitimer davantage la division des choses, à lui trouver une raison politique ou juridique quelconque [1] ?

A quelle occasion l'organisation compliquée des modes d'acquisition de la propriété s'est-elle établie ?

Et d'abord *quel est le caractère des* RES MANCIPI ?

Les uns ont dit que les *res mancipi* étaient les plus grosses, les *nec mancipi* les moindres. Ce qui n'est qu'une puérilité.

D'autres ont dit que les premières étaient les choses susceptibles de propriété *jure quiritium*. Cette opinion non seulement prend, comme nous l'avons dit, la cause pour l'effet et fait de la sorte une pétition de principe, mais est en

---

(1) Ortolan, *Explicat. histor. des Institutes de Justin.*, Paris, 1857, t. I, § 7.

outre certainement erronée, car on peut très bien avoir la propriété *jure civili* sur les *res nec mancipi*.

Ce système conduirait à admettre qu'à une certaine époque ces dernières choses n'auraient pu être susceptibles d'aucune espèce de propriété, puisque Gaïus dit qu'au début les Romains n'avaient que la propriété *ex jure quiritium* [1]. Cette opinion est exacte en ce qui concerne les immeubles, car les fonds italiques étaient à la fois susceptibles du *dominium juris civilis* et étaient *res mancipi*, à la différence des fonds provinciaux qui n'étaient *nec mancipi* et insusceptibles de propriété civile. Mais cette corrélation entre les deux caractères ne se rencontre pas en ce qui concerne les meubles, et il faut remarquer que le texte de Cicéron [2], qui forme l'argument fondamental de ce système, ne parle que des immeubles.

Certains auteurs, tels que Bocking [3], Puchta [4], Ihering [5] trouvent ce caractère dans les rapports des *res mancipi* avec le butin de guerre et le droit d'occupation.

Mais alors, pourquoi les armes et les brebis ne seraient-elles pas *mancipi ?* D'ailleurs, les fonds de terre occupés par les Romains avant la conquête n'étaient-ils pas aussi *res mancipi ?*

Selon M. Maynz, les choses *mancipi* étaient celles qui

---

(1) Gaïus, com. II, § 40.

(2) Cicéron, *Pro. Flacco*, 32.

(3) Bocking, *Institutes*, I, § 73.

(4) Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, p. 238.

(5) Ihering, *Esprit du droit romain*, I, § 109.

constituaient, dans les premiers temps de Rome, la principale richesse du citoyen ou tout au moins les objets du patrimoine qui ont une individualité prononcée, de manière à pouvoir être reconnus et revendiqués partout où ils se trouvent [1].

D'autres auteurs, et c'est le plus grand nombre, ont établi ce caractère distinctif des choses sur leur rapport avec l'agriculture et son matériel d'exploitation. Mais alors on n'explique pas de cette façon la différence qui existe entre les modes d'acquisition ; on ne dit pas pourquoi certains modes s'appliquent à une espèce de choses, tandis que les autres choses ne peuvent être transmises que par d'autres modes [2].

Il est une école qui recherche l'origine de la division des choses dans la co-propriété de famille. C'est en effet un fait indéniable qu'à la naissance de toutes les sociétés, dans tous les temps et dans tous les pays, les hommes ont commencé par la co-propriété de famille pour arriver petit à petit à la propriété individuelle. Que ce soit sur les bords de la Méditerranée ou de l'Océan, dans les forêts d'Amérique ou dans les steppes de Russie, au premier âge de la civilisation d'un peuple on trouve la propriété collective.

---

(1) Karl Maynz, *Droit romain*, t. I, p. 684.

(2) M. R. de Fresquet, *Hist. du droit rom.*, I, p. 213, combine toutefois deux idées et regarde comme *res mancipi* les choses *les plus utiles* à l'agriculture. « Pour ces choses là, les Romains avaient voulu accompagner leur translation de formes assez solennelles pour éviter ensuite les contestations. » Et aussi Accarias, *Dr. romain.* 1re édit., I, p. 422 ; Ortolan, t. I, p. 235 ; Sumner Maine, *Ancien droit*, p. 264. — Nous avons déjà vu comment M. de Fresquet abandonna ce système pour fonder la division des choses sur l'idée politique.

Chez les Juifs [1], les Gaulois [2], les Allemands [3], en Germanie [4], comme en Russie [5] et comme dans l'Hindoustan [6], le *clan* et le village sont la famille, c'est celle-ci seule qui possède. Or la nation romaine était, elle aussi, de race caucasique ; elle aussi était divisée en clans, *gentes ;* seule aurait-elle ignoré la propriété collective ?

Ce principe admis, les auteurs ne sont plus d'accord pour savoir si cette co-propriété était celle de la nation ou celle de la famille.

Les uns, et ce sont les mieux inspirés, comme Lange [7], fondent le principe de mancipation sur ce fait qu'à l'époque patriarcale l'idée de la famille empêchait complètement l'aliénation du *fundus*, propriété familiale commune. Que peu à peu, cependant, on sentit le besoin d'en permettre l'aliénation, mais en en rendant toutefois l'usage difficile ; on créa donc la mancipation.

Les autres, au contraire, se fondent sur ce que Rome n'avait pas été le résultat des développements d'une souche unique, mais qu'elle s'était formée par une réunion d'hommes étrangers venus des diverses régions de l'Italie,

---

(1) D'après la Bible, tous les cinquante ans on partageait de nouveau les terres.

(2) Cæsar, *De bello gallico*, IV, I.

(3) id. *id.* VI, 24.

(4) *Lex Ripuariorum*, 51 ; *Miroir de Saxe*, 34.

(5) William Hepworth Dixon, *La Russie libre*, édit. E. Jouveaux, 1873, p. 274.

(6) E. de Laveleye, *De la Propriété*, p. XVII, 171, etc...

(7) Lange, I, 108-117, 331. Cf aussi Rudorf, Roem., *Feldmesser*, II, 303, qui donne un système analogue.

disant qu'avant d'arriver à la co-propriété de famille, les Romains avaient dû connaître la co-propriété d'État. Romulus, partageant l'*ager romanus* entre les tribus, les Romains, après la victoire, faisant subir le même sort aux territoires des vaincus, prouvent bien l'idée de co-propriété d'État.

Mais comme les nécessités économiques de la vie de chaque jour exigent bientôt la création de la propriété individuelle de certains objets, certains meubles d'abord, certains immeubles ensuite, deviennent susceptibles d'appropriation individuelle.

La tendance est à augmenter la classe des biens individuels au détriment des biens collectifs.

Et c'est ainsi que sont *res mancipi* les choses qui, les dernières chez tous les peuples, restent la co-propriété de la collectivité, c'est-à-dire celles que l'on prête par des partages successifs aux membres de la *gens*, du *clan*, du *mir*.

Ne peut-on pas définir dès lors les *res mancipi* : les choses qui, à l'origine, étaient co-propriété de l'État ?

Cette origine n'expliquerait-elle pas parfaitement la présence à la mancipation des cinq témoins représentant la nation qui donne son consentement ?

Ainsi donc, d'après ces auteurs, l'État aurait conservé sur les *res mancipi* un certain domaine éminent, en fait ce domaine serait devenu rapidement platonique, bientôt les possesseurs de ces *res mancipi* s'en considérèrent comme les maîtres absolus et les Romains perdirent le souvenir du principe qui avait été la source de la distinction des choses.

Assurément ce principe de co-propriété est indéniable à Rome. Mais vouloir en faire une co-propriété d'État et non de famille parait un contre-sens historique. Avec ce système que devient la théorie de l'impôt fondée sur le domaine éminent qu'avait l'État sur les fonds provinciaux, *nec mancipi* pourtant, par exclusion des fonds italiques ? Est-il possible d'admettre d'ailleurs qu'un État a pu se créer avant une famille ?

Ne vaut-il pas mieux croire que l'origine des *res mancipi* se trouve dans la réunion de cette triple idée :

1° Le bien de famille commun à la *gens ;*

2° Les choses les plus utiles ;

3° Consacrées à l'agriculture, puisqu'à cette époque ce sont les choses les plus utiles en soi et les plus précieuses.

N'était-il pas évident que la loi devait se montrer pour cette triple cause très difficile quant à leur mode de transmission ?

Ce système, qui a évidemment plus de bon sens que de brillant, est, croyons-nous, le plus conforme à la vérité historique.

Voici celui de M. Walter, qui est plus séduisant pour l'esprit, par son apparence plus grande de précision.

Avant tout, il faut partir de ce principe qu'anciennement le *dominium ex jure quiritium* pouvait porter sur toutes choses. Pourquoi vouloir y soustraire les *nec mancipi ?*

Quant au mode de transfert, il fallait distinguer deux cas : si l'aliénation était suivie de paiement immédiat et de tradition, elle s'exécutait sous la forme de la mancipation, c'est-à-dire avec pesée d'airain, en présence de

témoins ; c'était le mode applicable aux objets corporels. Si au contraire l'aliénation s'opérait isolément, indépendamment du paiement et de la tradition, on opérait à l'aide de la *cessio in jure*.

Avec le progrès et le développement du commerce on sentit la nécessité de simplifier ces modes d'acquérir. Servius Tullius distingua donc, d'après l'importance et la valeur des choses, deux modes : pour le sol et ses accessoires, il exigea la formalité de la mancipation devant cinq témoins, sans toutefois exiger la tradition, ni le paiement effectif ; il n'y avait plus que le symbole. Quant aux autres objets présumés de moins de valeur, il supprima toute formalité et déclara que pour eux la tradition suffirait.

Telle est, d'après M. Walter, l'origine de la division des choses [1].

L'idée de cet auteur, à savoir que la division des choses est née d'une nécessité pratique, qu'elle fut le premier pas dans la voie de la simplification, est une conception juste. Toutefois ne serait-il pas préférable de modifier un peu l'exposition du système et la façon de présenter l'idée ?

Voici comment M. Ribéreau présente et modifie ce système [2] :

D'après l'exposition de M. Walter, dit-il, il semblerait qu'à l'origine la propriété se transférait *per æs et libram* et que la mancipation ne fut créée seulement que sous Servius Tullius.

---

(1) Walter, *Hist. du droit romain*, t. II, § 564, p. 181.

(2) Ribéreau, *Théorie de l'*IN BONIS HABERE, 1867, p, 34.

Ne faut-il pas croire au contraire qu'à l'origine les modes de transfert furent excessivement solennels et ne firent que perdre de leur formalisme à mesure que la nation s'éloignait de son berceau ? Penser autrement, ce serait la faire marcher contre ce mouvement de décroissance progressive de formalisme que nous avons signalé plus haut. Le règne de Servius Tullius, au contraire, marque une époque d'innovations et de progrès très sensibles [1].

En second lieu, d'après M. Ribéreau, la mancipation ne fit pas disparaître l'impossibilité de vendre au comptant, car la formule même de la mancipation exigeait que le prix fut actuellement payé. La fiction portait non sur ce paiement, mais simplement sur l'emploi de l'*æs* et de la *libra*, utilité effective à l'origine, mais qui devint illusoire lorsque la monnaie, devenue plus précieuse sous un plus petit volume, nécessita moins le pesage. La cérémonie de la pesée, par simulacre, ne se conserva que par une tradition pieuse.

C'est justement parce que le simulacre de l'*æs* et de la *libra* supposait un paiement actuel du prix, que bien des romanistes allemands sont d'avis que la mancipation déplaçait la propriété des objets vendus seulement si elle avait été suivie du paiement du prix. La tradition, elle, n'était point nécessaire ; aussi la formule de la mancipation n'en parlait-elle point et lorsque Gaïus nous décrit cette formalité n'en fait-il point mention [2].

---

(1) Charles Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, Aix, 1838, p. 50 suiv., p. 100.

(2) Gaïus, *Instit.*, com I, §§ 113 et 119.

M. Ribéreau part de ce point établi par l'analyse historique et qui ne saurait faire doute, à savoir qu'à mesure qu'un peuple avance vers la civilisation, son droit se simplifie, se rapproche du droit naturel, se débarrasse de ses formes rituelles et symboliques.

A l'époque la plus reculée, les Romains ne connaissaient, pour la transmission de la propriété, que la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, modes fort solennels, et ils ignoraient complètement la tradition qui n'était pas, elle, accompagnée de cérémonies. Dans ces temps reculés, la nature des biens était donc sans influence sur leurs modes de transmission, qui servaient à tous sans distinction [1].

Bientôt on s'aperçut que ces modes étaient fort peu pratiques : non seulement ils exigeaient de graves cérémonies, longues et gênantes, mais encore leur formule était si absolue qu'elle excluait toute vente conditionnelle ou à terme.

En effet, lorsque le paiement du prix était ajourné, la pesée fictive de la mancipation n'avait plus de raison d'être. Comment, un acheteur qui n'allait point être propriétaire d'une chose achetée sous condition suspensive allait-il cependant s'en prétendre *hic et nunc dominus ex jure quiritium ?*

De même dans l'*in jure cessio* il y avait un simulacre de revendication et une formule à prononcer par laquelle l'acquéreur se prétendait propriétaire actuel [2]. En fait on

---

(1) *Fragmenta vaticana*, § 50.

(2) Gaïus, *Instit.*, com. II, § 24.

devait recourir pour les ventes conditionnelles à une mancipation avec clause de fiducie.

La division des *res mancipi* et *nec mancipi* eut donc pour cause un besoin de simplification et on doit l'attribuer au grand réformateur Servius Tullius.

La mancipation se composait de deux parties : d'une part la solennité et ensuite la tradition qui en était en quelque sorte l'exécution. Servius détacha la tradition de la solennité, dont elle n'était que le complément, et en fit un mode spécial, un mode principal et indépendant de transmission de la propriété.

Toutefois ce mode avait le défaut, pour cette époque, d'être bien expéditif, de ne pas révéler suffisamment l'intention des parties. La tradition, en effet, ne servait-elle pas à la fois à donner la simple détention de la chose (comme dans le dépôt, le commodat), la véritable possession avec l'*animus rem sibi habendi* (comme dans le gage), enfin à transférer la propriété ?

Aussi le législateur chercha-t-il tout d'abord à restreindre les effets de la tradition et à limiter le nouveau domaine qu'il lui accordait.

Peu à peu, lorsqu'on aura oublié les vieilles formes solennelles du passé, la puissance de la tradition augmentera chaque jour. Ce sera là un premier pas dans le progrès du droit humain. Gaïus ne s'écriera-t-il pas un jour : « *Nihil* « *tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem* « *domini volentis rem suam in alium transferre, ratam* « *haberi* [1]. » Notre Code civil ne couronnera-t-il pas ce

---

(1) *Digeste*, XLI, 1 ; *De adquir. rer. dom.*, 9, § 3.

mouvement en proclamant le transfert de propriété par la seule force de l'accord des volontés [1] ?

Servius limita donc l'effet translatif de propriété de la tradition aux choses de moindre valeur, réservant les choses qui étaient présumées être plus importantes, et dont la liste fut limitative, au domaine de la vieille mancipation qui paraissait offrir plus de garanties et qui était plus ancrée dans les mœurs.

La tradition eut absolument les mêmes effets, à l'égard des *res nec mancipi*, que la mancipation pour les *res mancipi*, et elle fut sanctionnée par la revendication.

L'*in jure cessio*, qui était devenue un mode fort peu pratique, quoique pouvant s'appliquer indifféremment aux deux sortes de choses, tomba tout-à-fait en désuétude.

Cette différence entre les deux espèces de choses, au point de vue du mode de transmission, tout comme son origine, est certaine. Ne résulte-t-elle pas en effet :

1° Du nom même, *res mancipi, nec mancipi* [2] ;

2° Du soin tout particulier que prend, en maintes circonstances, la loi, dès qu'il s'agit de toucher aux *res pretiosores* [3].

Les *res mancipi* étaient fort peu nombreuses. Elles comprenaient la maison et les terres, les droits de servitude nécessaires à leur exploitation, les bêtes de somme nécessaires à leur culture. C'est tout.

---

(1) *Code civil*, art. 1138.

(2) Gaïus, *Institut.*, com. II, § 22.

(3) Gaïus, *Instit.*, com. I, § 192 ; II, § 47 ; *Fragmenta vaticana*, § 1.

A l'époque reculée où nous nous trouvons encore, faut-il croire que ce n'était pas là tout ce qui formait la principale richesse du *paterfamilias ?*

Plus tard, lorsque le commerce se fut développé et la fortune mobilière accrue, bien que des objets existassent qui fussent très précieux, on ne les fit jamais entrer dans la catégorie des *res mancipi*, pour ne pas entraver leur circulation. C'est ainsi que les dromadaires, les éléphants, qui ne furent introduits à Rome que postérieurement, quoique servant à l'exploitation des terres, furent considérés comme *res nec mancipi*. Pourquoi les aurait-on fait entrer dans l'autre catégorie qui n'offrait que des désagréments, sans aucun avantage ?

Il en fut de même pour les servitudes urbaines. En effet, les servitudes rurales existèrent de tout temps, elles étaient donc, comme les fonds auxquels elles appartenaient, *res mancipi*. Mais les servitudes urbaines ne prirent naissance que beaucoup plus tard. La loi des Douze Tables prescrivait de laisser un intervalle entre chaque maison, un *ambitus*, d'où la conséquence qu'il n'y avait pas lieu, à cette époque, à des servitudes urbaines. D'ailleurs la ville était alors encore relativement peu peuplée, les maisons n'étaient point les unes sur les autres et la question de servitude n'avait pas lieu de se poser.

Lorsqu'on créa les servitudes urbaines on se garda bien de se créer l'embarras de les soumettre à la mancipation. On doit croire que ce fut la même raison qui fit placer

l'usufruit, lorsque l'usage s'en établit, dans la catégorie des *res nec mancipi* [1].

Ainsi donc, obéissant encore, pour saufgarder ces *res pretiosores*, au vieux souvenir formaliste, le législateur déclara que la simple tradition d'une *res mancipi* serait de nul effet, et qu'en cas de deux traditions successives de la même chose par la même personne à deux acheteurs, la chose appartiendrait à celui des deux acheteurs à qui elle aurait été mancipée le premier.

Au début on accepta facilement cette rigueur ; plutôt que de s'en plaindre, on ne songea qu'à se réjouir de ce que les *res nec mancipi* échappaient à ce formalisme. Mais, lorsqu'à la fin de la République, le commerce, les arts, l'industrie, eurent pris une grande extension, lorsque du fin fond des provinces les objets précieux affluèrent à Rome et que sous un petit volume on put se transmettre de la main à la main des œuvres d'art, des bijoux qui valaient plusieurs milliers d'arpents de terre, on s'étonna de ce rigorisme d'un autre âge qui nécessitait des formalités aussi solennelles qu'embarrassantes pour le moindre lopin de terre, pour le plus chétif esclave.

Si par respect du passé il fallait conserver la mancipation, il fallait au moins rendre inoffensive la classification et la division des choses. Le préteur s'occupa donc de concilier sur ce point la vieille loi avec l'équité.

Sa première mesure fut de permettre à l'*accipiens* d'une

---

(1) Ortolan, *Explicat. histor. des Institut.*, t. II, § 472; Hugo, *Hist. du droit romain*, I, 85.

res mancipi dont il n'avait été fait que tradition, de l'usucaper, c'est-à-dire de confirmer son titre par une possession d'un an (s'il s'agissait d'un meuble), de deux ans (s'il s'agissait d'un immeuble) (1). L'usucapion avait été créée, comme l'on sait, par le droit civil pour permettre au possesseur de bonne foi *a non domino* de se mettre à l'abri de la revendication du vrai propriétaire. Ce fut donc une extension prétorienne qui lui permit de s'appliquer en ce nouveau cas.

Toutefois l'accipiens, tant que le délai de l'usucapion n'était pas écoulé, restait privé de tout moyen de défense et se trouvait à la merci de la fraude d'un *tradens* de mauvaise foi. Aussi le préteur accorda-t-il à l'*accipiens* l'exception de dol.

Malheureusement l'exception de dol était bien souvent insuffisante pour le protéger. Ainsi, l'on sait qu'elle n'était opposable qu'à l'auteur du dol et qu'à ses ayants-cause à titre universel (2). Donc celui qui avait fait tradition, n'avait qu'à faire après coup mancipation ou *in jure cessio* à un tiers de bonne foi, celui-ci revendiquait et l'accipiens ne pouvait pas opposer l'exception de dol.

De même, on sait que l'exception de dol étant *famosa*, ne pouvait pas être opposée au patron, aux ascendants, ni aux personnes illustres (3).

---

(1) Gaïus, *Institut.*, Com. II, §§ 41 et 204.

(2) *Digeste*, XLIV, 4, *De doli mali et met. except.*, L. 2 pr. et § 1, Ulpien.

(3) *Digeste* XLIV, 4, loi 4, § 16 ; III. 4, *De dolo malo*, l. 11, § 1 ; XXXVII, 15, *De obseq. parent et patr. præst.*, l. 5, § 1.

Le préteur chercha donc un autre moyen d'empêcher la fraude et il donna à l'*accipiens* une exception *in factum,* l'*exceptio rei venditæ et traditæ* ou *donatæ et traditæ,* qui était opposable à tout tradens quelle que fut sa condition, comme à tous ses ayants-cause, même ceux à titre particulier.

Désormais, voilà donc que, même pour les choses *mancipi,* la mancipation n'est plus nécessaire et que la simple tradition suffit, puisque le préteur dans ce cas donne à l'*accipiens* des moyens de défense qui rendent sa position aussi forte que celle que lui aurait donnée le droit civil, s'il y eût eu mancipation. Par pudeur toutefois le préteur refusa dans ce cas à l'*accipiens* le titre de *dominus* et se contenta de dire qu'*il aurait la chose dans ses biens.* L'aliénateur conservait le *nudum dominium ex jure quiritium,* titre purement factice, dépouillé pour ainsi dire de tout avantage.

L'introduction de cette nouvelle propriété fut donc mystérieuse, tout comme le fut celle de l'hypothèque et celle de la *bonorum possessio.* Le créancier ne réclamait pas ouvertement un droit d'hypothèque ni la propriété, mais les exceptions *in factum,* qui lui en procuraient tous les avantages : « Y a-t-il eu ou non convention d'hypothèque? Y a-t-il eu ou non chose vendue et livrée? »

Un dernier pas restait à faire. L'*accipiens,* ayant les exceptions, pouvait se défendre, mais ne pouvait pas attaquer, n'ayant aucune action. Si donc, avant l'usucapion accomplie, il perdait la possession, il n'avait nul moyen de

la recouvrer, sauf par les interdits possessoires, ressource précaire, soumise à bien des conditions. Le préteur lui accorda donc l'action Publicienne avec ses exceptions.

Désormais, entre deux acquéreurs d'une même *res mancipi,* l'un par la mancipation, l'autre par la tradition, ce sera celui qui en aura reçu livraison qui gardera la chose.

L'*in bonis* était dès lors une propriété parfaite. Elle était si bien organisée que bien des fois le préteur s'en servit pour opérer des réformes, la donnant à des gens qui, dénués de droits aux yeux de la vieille loi civile, devaient trouver une protection dans les principes de l'équité.

La préture ayant été fondée en 337, il faut croire que l'*in bonis* prit toute son importance au second siècle avant Jésus-Christ, car ce ne fut pas là assurément la première création du préteur.

CHAPITRE DEUXIÈME

—

De l'in bonis parvenu à son entier développement.

Dans ce chapitre, nous aurons quatre questions à examiner :

1° Quelle est la nature de l'*in bonis ?*
2° Quelles sont ses causes d'acquisition ?
3° Quelles sont ses conditions d'existence ?
4° Quels sont ses effets ?

---

§ I. — De la nature juridique de l'IN BONIS.

Les mots d'*in bonis esse*, pris dans un sens très large, peuvent servir à exprimer qu'une chose est dans le patrimoine de quelqu'un [1]. Ce n'est pas, bien entendu, dans

---

(1) Gaïus, *Instit.*, Com., II, § 9 ; *Digeste*, 50, 16, *De verb. signific.*, l. 49.

ce sens général qu'il faut les prendre ici, mais bien dans une signification technique : ils désignent *la propriété prétorienne du droit positif romain sur une* RES IN COMMERCIO.

En premier lieu, disons-nous, l'*in bonis* est *une véritable propriété.*

En effet, quand Justinien, voulant unifier la propriété, abolira l'*in bonis*, n'appellera-t-il pas *propriétaire* celui qui a l'*in bonis* aussi bien que celui qui a le *nudum dominium ex jure quiritium.* « *Antiquæ subtilitatis ludibrium* « *per hanc decisionem expellentes, nullam esse differen-* « *tiam patimur inter* DOMINOS, *apud quos vel nudum* « *ex jure quiritium nomen, vel tantum in bonis repe-* « *ritur* [1]. »

Théophile, dans le passage cité de sa paraphrase des Institutes, n'appelle-t-il pas celui qui a une chose *in bonis* le δεσπότης βονιτάριος ?

On sait que lorsqu'une chose ou un esclave avait causé un préjudice à quelqu'un et que le maître de cette chose ou de cet esclave refusait de réparer le préjudice, le préteur donnait la chose ou l'esclave, *in bonis,* au lésé, en réparation du préjudice ; or le texte du Digeste qui permet, dans certains cas, au maître ou à d'autres intéressés de se faire représenter l'esclave et de reprendre l'instance, n'appelle-t-il pas le lésé qui a reçu cette sorte d'abandon noxal, celui qui a l'esclave *in bonis,* le *dominus acquisitione* [2] ?

---

(1) *Code,* VII, 25, *De nudo jure quirit. tollend.*

(2) *Digeste,* IX, 4, *De nox. act.*, l. 26, § 6 ; II, 9, *Si ex noxal. causa,* l. 2, § 1.

La succession prétorienne, la *bonorum possessio*, ne donnait que l'*in bonis*, or Paul et Ulpien ne l'appellent-ils pas *dominium* (1) ?

Ce caractère de vraie propriété a cependant été contesté par Zimmern, d'après qui l'*in bonis* ne serait qu'une *possession* protégée (2). Cet auteur se fonde sur ce que, en parlant de celui qui a l'*in bonis*, les textes n'emploient jamais les expressions *meum* ou *suum est*. Cet unique argument repose sur une erreur de fait, car Ulpien dit quelque part : « *Servus qui tantum* IN BONIS NOSTER *est* (3). »

En second lieu l'*in bonis* est une *propriété prétorienne*, puisque, dans l'historique que nous en avons fait, nous avons montré qu'elle avait été créée par l'Édit du préteur.

En troisième lieu l'*in bonis*, comme nous l'avons déjà montré en retraçant son origine, était une propriété du *droit positif romain*.

Elle avait été établie, il est vrai, par l'équité, mais dans le but de venir au secours des *citoyens romains* et non des étrangers, puisque, selon nous, l'*in bonis* est le résultat de la division des choses et de leurs modes spéciaux d'acquisition *jure civili*, lesquels modes n'étaient accessibles qu'à ceux qui jouissaient du *jus civile*.

---

(1) *Digeste*, XXXVII, 1, *De bonor. possess.* l. 1 ; XLVII, 2, *De furtis*, l. 47.

(2) Zimmern, *Rhein museum*, III, § 19.

(3) Ulpien, *Regula*, XXII, § 8.

—

§ II. — **Des causes d'acquisition de l'IN BONIS.**

Ces causes sont multiples. On peut les résumer dans cette formule : on a une chose *in bonis* chaque fois qu'on en a reçu du maître légitime la possession irrévocable, c'est-à-dire la possession protégée contre le propriétaire ou ses ayants-cause par des exceptions, en vertu d'un édit, d'une constitution impériale ou d'un sénatus-consulte.

Les cas qui pouvaient donner naissance à l'*in bonis* sont au nombre de dix. On peut les ranger en trois catégories :

A Mode originaire : tradition d'une *res mancipi*.

B Modes prétoriens : toute acquisition à titre particulier ou universel, car le préteur n'a jamais pu donner la propriété civile.

C Modes en vertu d'une constitution impériale ou d'un sénatus-consulte. C'est en effet l'édit du préteur qui le sanctionnait.

A **Mode originaire : Tradition d'une RES MANCIPI.**

Nous avons déjà étudié ce mode à propos de l'origine de notre institution et de la nécessité qui lui a donné nais-

sance. Nous savons qu'il suffit de deux éléments pour créer l'*in bonis :* une tradition faite avec juste cause et une *res mancipi* pour objet.

Comment se fait-il que la tradition fût inhabile à transférer le *dominium ex jure quiritium ?* Pourquoi cette rigueur ?

Nous avons dit que cela tenait au désir qu'avait eu le législateur rigoriste d'empêcher une circulation trop rapide des *res pretiosores*. Ce n'est pas, comme l'ont dit plusieurs romanistes, parce que la tradition était un mode du droit des gens. Si on adopte en effet leur opinion, il faudrait dire de même que l'occupation, qui est aussi un mode d'acquérir *jure gentium*, ne donne que l'*in bonis,* ce que nous ne saurions admettre en l'absence de texte ; nous croyons au contraire que l'occupant devenait immédiatement *dominus ex jure quiritium.*

Cette différence entre l'occupation d'une *res mancipi*, donnant le *dominium quiritium*, et la tradition ne donnant que l'*in bonis*, nous montre quel était l'intérêt pratique de la fameuse controverse entre les Sabiniens et les Proculiens sur le point de déterminer le caractère juridique de l'appropriation d'une *res derelicta.*

Les Sabiniens regardaient la *res derelicta* comme devenue *res nullius ;* il y avait donc ensuite, de la part de celui qui se l'appropriait, véritable occupation, partant acquisition de la *res mancipi* en *dominium quiritium* (1).

Au contraire, lès Proculiens voyaient dans le fait de

---

(1) *Digeste*, XLI, 7 ; *Pro derelicto*, l. 2, § 1.

l'abandon une tradition à personne incertaine faite par le *dereliquens* (1) ; en conséquence, si la *res* était *mancipi*, elle ne devenait que propriété *in bonis* de celui qui se l'était appropriée.

C'est l'opinion sabinienne qui parait devoir être adoptée. Justinien semble trancher la difficulté en faveur de cette solution (2). Toutefois, en abolissant la propriété *in bonis*, il supprima l'intérêt de la question.

Il faut en second lieu, pour qu'il y ait création de l'*in bonis*, que la tradition porte sur une *res mancipi*.

En effet, nous savons que si elle portait sur une *res nec mancipi*, elle aurait établi le *dominium ex jure quiritium*. Cette opinion, aujourd'hui généralement admise, a été cependant combattue, surtout en Allemagne, par Hugo, Bocking, Meyer, Puchta. Voici comment raisonnaient ces auteurs :

La tradition même d'une *res nec mancipi*, disaient-ils, est incapable de donner le *dominium quiritium* :

1° Parce que ce n'est qu'un mode du droit des gens. (On voit la confusion commise : ces savants prenant les mots droit des gens pour l'*effet*, tandis que ces mots ne doivent indiquer que l'*origine* des modes d'acquisition.)

2° Ce qui le prouve, c'est que la loi 5 de Pomponius, vue plus haut, dit que celui qui reçoit *cum justa causa* une chose d'un possesseur l'ayant acquise par occupation *pro*

---

(1) *Digeste*, XLI, 7, *Pro derelicto*, l. 5.

(2) Justinien, *Institutes*, II, tit. I, *De divis. rer. et qualit.*, § 47.

derelicto, doit l'usucaper s'il en veut devenir *dominus ex jure quiritium*. Donc, c'est que l'occupation, mode *jure gentium*, ne transfère pas la propriété romaine. (Meyer a mal saisi ce texte, qui ne s'applique qu'au cas où la chose a été occupée par une personne qui la croyait à tort abandonnée. La nécessité de l'usucapion est, dans ce cas, conforme au droit commun.)

3° Comment croire, ajoutaient-ils, que le législateur romain, si jaloux, ait permis à un mode du droit des gens de produire le même effet que les modes qu'il créait lui-même *jure civili ?* (M. Pellat a fort bien répondu à cet argument : pourquoi s'étonner ici de voir la propriété romaine transmise par un mode *juris gentium ?* Les contrats du droit des gens, comme la vente et le louage, ne produisaient-ils pas, eux aussi, des obligations du droit civil [1] ?)

Cette opinion des romanistes allemands a été justement repoussée. Il est bien vrai qu'on voit coexister en même temps à Rome deux distinctions : l'une entre les deux domaines romain et prétorien , l'autre entre les modes d'acquérir *jure civili* et *jure gentium*, mais il n'y a pas corrélation, ni rapports, entre ces deux distinctions. Ce serait une grave erreur de croire que les modes *jure civili* donnaient le domaine romain et que les modes *jure gentium* ne pouvaient donner que l'*in bonis*.

Les Romains ont établi leur distinction des deux sortes de propriété sur l'aptitude des choses et des personnes.

---

(1) Pellat, *Propriété et usufruit*, Paris, 1863, p. 36.

Tous les modes d'acquisition *jure civili* donnaient la propriété romaine, mais il n'y avait pas qu'eux exclusivement qui pouvaient conférer cette propriété, et les modes *jure gentium*, s'ils intervenaient entre personnes, à l'occasion de choses, dans des conditions telles que les modes *jure civili* eussent donné la propriété romaine, la conféraient aussi.

Ce qui le prouve, c'est que :

1° Gaïus, parlant des effets produits par les deux espèces de modes d'acquérir, les met absolument sur la même ligne [1].

2° Ulpien emploie, en parlant des effets produits par les modes *jure gentium*, les mêmes expressions *dominium*, *alienatio*, etc. [2] qu'en parlant des effets des modes *jure civili* [3].

3° Paul ne dit-il pas que la revendication, sanction du *dominium ex jure quiritium*, appartient à celui qui a ce domaine par un mode du droit des gens, tout comme à celui qui a acquis *jure civili ?* « *In rem actio competit ei qui*, AUT JURE GENTIUM, AUT JURE CIVILI, *dominium adquisivit* [4]. »

4° Les Romains ont toujours regardé l'occupation comme la source la plus légitime de propriété. N'était-ce pas d'ailleurs le mode originaire, le mode même de création de l'État ?

Gaïus, en nous parlant de la *rei vindicatio*, ne nous dit-il

---

(1) Gaïus, *Institut.*, com. II, § 65.

(2) Ulpien, *Regula*, XIX, §§ 2 et 7.

(3) Ulpien, §§ 3, 8, 9 et 16.

(4) *Digeste*, VI, 1, *De rei vindic.*, l. 23 princ.

pas : « *Festuca autem utebantur quasi hastæ loco signo quodam justi dominii ; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent : unde in centum viralibus judiciis hasta præponitur* [1]. »

5° Comme nous l'avons déjà vu, le § 47 des *Fragments du Vatican*, nous dit que, par tradition d'une *res nec mancipi*, on ne peut pas s'en réserver l'usufruit. C'est donc que la tradition d'une *res nec mancipi* est susceptible de transférer le domaine romain, car c'eût été une naïveté de dire, après avoir posé le principe que la loi est plus difficile pour la rétention ou pour le transfert d'usufruit que pour le transfert de la propriété elle-même, « la tradition — qui ne peut pas transférer le domaine romain — ne peut pas transférer non plus l'usufruit. »

6° Si la *res nec mancipi* livrée n'eût pas été propriété romaine, la loi eût forcément permis de l'usucaper pour compléter le droit incomplet de l'*accipiens ;* or ce troisième cas d'application de l'usucapion n'est mentionné nulle part.

7° Les expressions dont se sert Gaïus, en parlant des effets translatifs de la tradition, ne sont-elles pas très énergiques ? « *Hæ quoque res, quæ traditione nostræ fiunt, jure gentium nobis adquiruntur : nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi* [2]. »

8° Comment pourrait-on expliquer alors qu'Ulpien dise que la tradition est un mode d'acquérir spécial aux *res*

---

(1) Gaïus, *Institut.*, com IV, § 16.

(2) *Digeste*, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*, 9, § 3.

nec mancipi ? « *Traditio propria est alienatio rerum* NEC MANCIPI [1]. »

Est-il possible de croire que l'usucapion est nécessaire à parfaire le droit de l'accipiens ? En ce cas, le mode d'acquisition des *res nec mancipi* serait plus difficile, plus long, plus compliqué que la *mancipatio*, que l'*in jure cessio,* c'est-à-dire que les modes propres aux *res pretiosores,* que le législateur a cependant cherché à saufgarder avec un soin tout spécial [2].

B Modes prétoriens d'acquérir l'IN BONIS.

Prenons d'abord les deux modes d'acquérir *à titre universel :*

α La *bonorum possessio.*

β La *bonorum emptio.*

α Bonorum possessio.

Il fallait, pour que le successeur d'après le droit prétorien, eût la succession *in bonis,* qu'il ait obtenu la *bonorum possessio cum re.*

On connaît en effet la différence entre la *bonorum pos-*

---

(1) Ulpien, *Regula*, XIX, § 7.

(2) Walter, *Hist. du droit romain* II, § 566 ; Rein, *Das privatrechs*, p. 226 ; Ortolan, *Explic. histor. des Institutes*, Paris 1857, §§ 294-305 ; Pellat, *Propriété et usufruit*, 1863, §§ 32-40.

sessio cum re et celle *sinè re.* Il y avait lieu à celle-ci, dans le cas où la chose restait soumise au danger de l'éviction, par exemple lorsqu'un héritier, institué d'après le droit civil, ne se montrait pas ; en attendant, le successeur *ab intestat* obtenait la *bonorum possessio* et la conservait tant que l'héritier institué n'intentait pas la pétition d'hérédité ; mais, comme son droit n'était pas définitif et se trouvait subordonné à la volonté d'autrui, cette *possessio bonorum* était *sine re* (1).

Elle était au contraire *cum re* lorsqu'elle était donnée à un héritier prétorien, uniquement pour se défendre contre l'héritier du droit civil. Ainsi elle était donnée aux enfants pour recueillir la succession *ab intestat* de leurs ascendants *(bonorum possessio unde liberi)* (2), ou bien la succession paternelle quand ils avaient été omis sur le testament du père *(bonorum possessio contra tabulas* (3).

Dans ce cas l'héritier du droit civil conservait bien le titre d'héritier, il avait bien le droit d'intenter la pétition d'hérédité, mais le préteur donnait contre lui une *exceptio in factum* qui opérait le même effet que l'*exceptio rei donatæ* ou *venditæ et traditæ,* en cas de tradition d'une *res mancipi* (4). Parfois même le préteur donnait l'*exceptio doli* (5).

---

(1) Ulpien, *Regula* XXVIII, § 13 ; Gaïus, *Institutes,* com III, §§ 35, 39 ; id. II, § 148.

(2) *Institutes* III, 1, *De hered. quæ ab intest. def.,* § 9.

(3) *Institutes* II, 13, *De exhered. liber.,* § 3.

(4) *Digeste* XXXVII, 4, *De bonor. possess. contra tabulas,* l. 15.

(5) Gaïus, *Institutes,* com. II, § 120.

On voit donc que le *nudum dominium ex jure quiritium* est devenu un droit bien illusoire, puisqu'il ne procure aucun avantage à l'héritier du droit civil, et que l'action qui le sanctionne est dépourvue de tout effet à l'encontre du successeur prétorien.

La situation de ce dernier était si bonne, que parfois l'héritier du droit civil demandait, lui aussi, la *bonorum possessio*. Il avait alors ce double avantage : d'être défendeur, si quelque prétendant exerçait contre lui la *petitio hereditatis,* et d'obtenir l'interdit *quorum bonorum*, avec lequel il se faisait livrer les choses successorales et qui lui donnait moins de peine à exercer que la *petitio hereditatis*[1].

Dans ce cas, cette *bonorum possessio* était *cum re* et donnait l'*in bonis,* mais, comme ici, l'héritier prétorien était à la fois héritier d'après le droit civil, il avait, outre les exceptions, la pétition d'hérédité, et dans ce cas les exceptions ne lui servaient à rien. En effet, le grand avantage de l'exception donnée par le préteur à celui qui avait une chose *in bonis,* et même l'avantage unique, était de repousser l'héritier du droit civil. Or, ici, c'était le propriétaire *in bonis* qui était lui-même l'héritier du droit civil, étant à la fois successeur prétorien et successeur *jure civili,* il ne pouvait donc opposer l'exception à personne, celle-ci demeurait pour lui sans utilité et sans usage.

Même dans ce cas, il n'y avait pas grand avantage pour lui au point de vue de l'action publicienne, car le *bonorum possessor* devait établir sa mise en possession tout comme

---

(1) Gaïus, *Institutes*, com. III, § 34 ; *Institutes* IV, 15, *De interdictis* III.

le propriétaire romain. Cependant il y avait là une question de fait : aux yeux du droit civil, la possession avait pour cause le fait même de la succession ; aux yeux du préteur elle avait pour cause la *bonorum possessio,* il pouvait, selon les circonstances, être plus facile de prouver une chose que l'autre.

β Bonorum emptio.

Il y avait lieu à *bonorum emptio*, comme l'on sait, lorsque les biens d'un débiteur étaient saisis et vendus en bloc, soit en son absence, soit après sa mort. L'acheteur était un véritable successeur ; mais comme cette institution était l'œuvre du préteur, il était regardé non comme un héritier, mais comme un vrai successeur prétorien. Il n'avait les choses qu'*in bonis,* et le *nudum jus quiritium* demeurait sur la tête du créancier poursuivant et saisissant [1].

Cette sorte de succession disparut en même temps que la procédure par formules [2].

---

(1) Gaïus, *Institutes*, com. III. §§ 77, 78, 79 ; Théophile, *Super Institutes* III, tit. 12.

(2) *Institutes* III, 12, *De success. sublatis*, princip.

Passons maintenant en revue les modes prétoriens *à titre particulier* d'acquérir la propriété *in bonis.*

α **Immissio ex causa damni infecti per secundum decretum prætoris.**

Lorsqu'un immeuble en s'écroulant causait un préjudice au voisin, le droit civil se bornait à donner au maître de la chose endommagée, en réparation des dégâts, la propriété des décombres.

C'était une compensation assurément illusoire. Aussi le préteur permit-il à tout voisin menacé par un immeuble sur le point de tomber en ruines et de lui causer un préjudice de se faire donner une caution par le propriétaire négligent en vue du *damnum infectum*, en vue du danger probable, des dégâts éventuels [1].

Si cette *cautio damni infecti* n'était pas fournie, par un édit le préteur envoyait en possession le voisin menacé, qui s'établissait dans l'immeuble en ruines, *custodiæ causa*, sans en chasser pourtant le propriétaire.

Mais, si celui-ci s'obstinait à ne pas faire les réparations, par un second édit le préteur permettait au menacé de prendre la chose *in bonis* [2]. Désormais l'envoyé en pos-

(1) *Digeste*, XXXIX, 2, *De damno infecto*, l. 2.

(2) *Digeste*, id., loi 4, § 1 ; loi 15, § 20 ; *Digeste*, XLI, 2, l, 3, § 23.

session usucapait [1] ; en cas de perte de possession, il avait l'action publicienne [2].

β Sublucatio arborum.

Lorsque l'arbre du voisin étendait ses rameaux sur un édifice ou sur un champ, le propriétaire incommodé pouvait exiger que le maître de l'arbre en coupât les branches avançantes. Si celui-ci s'y refusait, il pouvait se faire envoyer en possession par le préteur, afin de couper soit l'arbre lui-même, soit les branches gênantes, et il gardait *in bonis* l'objet de cette mise en possession [3].

γ Abductio servi ex noxali causa.

Nous avons déjà dit quelques mots de cette hypothèse. Un esclave cause un préjudice à quelqu'un, si son maître ne veut pas réparer ledit préjudice, ou s'il est absent, le lésé obtient du préteur, en réparation, d'avoir l'esclave *in bonis* [4].

En cas de retour du maître, si celui-ci le demandait, on remettait les choses en l'état, le préteur lui restituait l'esclave et rendait au lésé son action en dommages [5].

---

(1) *Digeste*, XXXIX, 2, loi 5, princ. ; lois 15 et 16.

(2) *Digeste*, id., loi 18, § 15. — Savigny, *Traité de la possession*, Paris, 1865.

(3) *Digeste*, LXIII, 27, *De arbor. cæd.*, l. 1, princ. et § 7.

(4) *Digeste*, IX, 4, *De noxal. act.*, l. 26, § 6.

(5) *Digeste*, II, 9, *Si ex. noxal. causa agatur*, l. 2, § 1.

δ Adjudicatio in judicio imperio continenti.

Ce cas n'est connu que depuis la découverte des *Fragments du Vatican*, en 1823. Quand, à la suite d'un *judicium imperio continens*, le *judex* adjugeait la propriété à une partie, celle-ci ne l'avait qu'*in bonis*. Pour que cette *adjudicatio* conférât le *dominium ex jure quiritium*, il eût fallu qu'elle fût intervenue dans un *judicium legitimum*, c'est-à-dire dans un *judicium* se jugeant avec ces trois conditions : à Rome ou à un mille de la ville, entre citoyens romains et devant un seul juge.

Nous appuyons notre dire sur le fragment 47 du Vatican, qui restreint dans les trois actions divisoires l'effet translatif d'usufruit, produit par l'*adjudicatio*, aux *judicia legitima*.

Assurément cette restriction, apportée à propos de l'usufruit, devait s'étendre de même au droit de propriété.

C'est en vain qu'on s'opposerait à cette induction, en disant que ce même fragment de Paul se montre plus difficile pour le transfert ou la rétention d'usufruit que pour la propriété elle-même et qu'il serait donc dangereux d'en tirer un argument *a fortiori*.

Nous répondrons que cette objection n'atteint en rien notre système. Remontons à l'origine de la question. Pourquoi ce texte de Paul est-il plus sévère pour la constitution de l'usufruit que pour la constitution de la propriété ? Est-ce uniquement parce que le législateur a vu d'un mauvais œil la séparation de l'usufruit de la propriété elle-même ? Il a pu avoir cette idée assurément, mais ce qui

l'a obligé à ne pas permettre ce transfert d'usufruit par les modes du droit des gens, c'est que la nature incorporelle de ce droit l'empêchait d'être l'objet d'une possession, partant de la tradition, qui n'est qu'une remise de possession.

En second lieu, ce qui prouve que l'*adjudicatio in judicio imperio continenti* ne donne que l'*in bonis*, c'est ce texte de Paul au Digeste : « *Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando* [1]. » Ce texte serait inexplicable si l'*adjudicatio* transférait la propriété romaine, car, dans ce cas, à quoi serviraient les exceptions ?

Un texte d'Ulpien donne aussi à l'adjudicataire l'action publicienne : « *Si res adjudicata sit, publiciana actio competit* [2]. » Or on sait que le principal effet de la publicienne était de transformer l'*in bonis* en propriété romaine.

On peut se demander pourquoi l'*adjudicatio* intervenue dans un *judicium imperio continens* avait moins de force que si elle était survenue dans un *judicium legitimum*. En voici l'explication probable. D'après Gaïus [3], une loi *Julia judiciaria* avait limité à dix-huit mois la durée des instances légitimes. Dans celles-ci donc le *judex* était censé tenir ses pouvoirs du droit civil et la propriété qu'il conférait était le *dominium ex jure quiritium*. Au contraire, le *judex* des *judicia imperio continentia* ne tenait son pouvoir que du

---

(1) *Digeste*, X, 2, *De famil. erciscund.*, l. 44, § 1.

(2) *Digeste*, VI, 2, *De public. in rem act.*, l. 7 princ.

(3) Gaïus, *Institutes*, com. IV, § 104.

préteur et ce pouvoir expirait avec l'*imperium* de celui-ci ; rien d'étonnant donc à ce qu'il ne pût pas conférer une propriété d'un ordre supérieur à la propriété prétorienne, à l'*in bonis*.

ε Prestation du serment décisoire sur une question de propriété.

Quand, au cours d'une instance sur une question de propriété, il intervenait un serment décisoire, soit volontaire (convenu d'avance entre les parties), soit nécessaire (ordonné par le juge), la partie qui l'avait prêté obtenait l'objet du litige, mais *in bonis*.

Dans ce cas, en effet, nous trouvons l'existence de tous les accessoires ordinaires de l'*in bonis : exceptio jurisjurandi*, à l'aide de laquelle on repousse la partie adverse (ou ses ayants-cause) qui a déféré le serment, alors même qu'elle prouverait postérieurement sa propriété [1]. L'action publicienne ou une action *in factum, jurisjurandi* pour recouvrer la possession dans le cas où celui qui, ayant prêté serment, a été mis *in bonis*, l'aurait perdue [2]. Enfin cette possession, à l'aide de la *præscriptio longi temporis*, se convertissait en domaine romain et avait une *actio utilis*. « *Julianus ait eum qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere debere* [3]. »

---

(1) *Digeste*, XII, 2, *De jurejurando*, l. 11, princip.

(2) *Digeste*, id., loi 11, § 1 ; *Digeste*, VI, 2, *De public. in rem act.*, l. 7, § 7.

(3) *Digeste*, XII, 2, *De jurejurando*, l. 13, § 1.

C Modes d'acquérir l'IN BONIS, créés par les sénatusconsultes et les rescrits impériaux.

Ces modes étaient au nombre de deux :

α *Addictio bonorum libertatum conservandarum causa.*

β Restitution d'un fidéicommis *ex senatusconsulto Trebelliano.*

α Addictio bonorum libertatum conservandarum causa.

Lorsqu'un testateur avait fait des legs de liberté et que personne ne voulait accepter cette hérédité parce qu'elle était onéreuse, Marc-Aurèle, afin de faire sortir à effet les affranchissements (qui eussent été non avenus en l'absence d'addition), permit au magistrat d'attribuer la succession soit à un des esclaves, soit à un étranger, pourvu qu'il donnât caution de payer les dettes et de maintenir les affranchissements (1).

C'était là une sorte de *bonorum possessio,* de succession prétorienne. Le *nudum jus* restait sur la tête du défunt et l'envoyé en possession n'avait les biens qu'*in bonis* (2).

β Restitutio d'un fidéicommis EX SENATUSCONSULTO TREBELLIANO.

On sait que, tandis que le legs était un mode véritable

---

(1) Justinien, *Institutes*, III, 11, *De eo cui libe. causa bona add.*

(2) *Digeste* XL, 5, *De fideicomm. libertatis,* l. 4, § 21.

d'acquérir et transmettait par lui-même la propriété, le fideicommis au contraire ne donnait jamais qu'un droit de créance [1].

La restitution de l'objet du fideicommis pouvait se faire soit à l'aide d'un des modes ordinaires d'acquérir *(re ipsâ)* — dans ce cas il n'y avait rien de spécial et le fideicommissaire acquérait le *dominium ex jure quiritium* si on employait à cet effet le mode d'acquisition convenable — soit *verbo per epistolam aut per nuntium*, c'est-à-dire par simple convention entre présents ou absents, auquel cas le fideicommissaire n'acquérait les objets qu'*in bonis*. Il est à remarquer que ceci était une exception au principe romain qu'une convention est inhabile à transférer une propriété : « *Dominia rerum non nudis pactis transferuntur* [2]. »

Il fallait, pour que l'hypothèse se présentât, deux conditions :

1° Que le fideicommis fut à titre universel, parce qu'il n'y avait lieu à restitution par simple consentement que dans ce cas.

2° Que l'héritier fiduciaire déclarât restituer en vertu du sénatus-consulte Trébellien.

En effet, sous le sénatus-consulte Pégasien, le fiduciaire, même après qu'il avait fait passer les objets dans le domaine du fideicommissaire, conservait sur sa tête les actions héréditaires actives et passives, en vertu du principe de

---

(1) Paul, *Sententiæ*, IV, 1, *De fideicomm.*, § 18.

(2) *Codex*, II, 3, *De pactis*, 20.

l'intransmissibilité des créances et droits incorporels, et en second lieu parce que la qualité d'héritier lui restait attachée d'une façon indélébile [1].

C'était, comme l'on sait, à l'aide de stipulations réciproques, *emptæ et venditæ hereditatis* puis *partis et pro parte,* que le fideicommissaire acquérait les actions actives et passives. Le sénatus-consulte Trébellien donna de plein droit au fideicommissaire les actions utiles, rendues inefficaces vis-à-vis du fiduciaire par l'*exceptio restitutæ hereditatis* [2]. Or, puisqu'ici le fideicommissaire pouvait être poursuivi directement par les créanciers, il était juste qu'il eût un droit de propriété sur les biens de façon à ne pas courir le risque de supporter l'insolvabilité du fiduciaire. On lui donna donc l'*in bonis*.

Sous le sénatus-consulte Pégasien le besoin de cette propriété ne se faisait pas sentir, parce que le fideicommissaire ne pouvait pas être poursuivi directement ; il ne courait donc pas le risque de l'insolvabilité du fiduciaire, d'autant plus que le fiduciaire qui avait payé des dettes ne pouvait pas en demander le montant au fideicommissaire avant de lui avoir remis les objets du fideicommis, il se voyait repousser en ce cas par l'exception de dol.

---

(1) *Digeste*, IV, 4, *De minor. viginti quinque aunis*, 1, 7, § 10 ; *Digeste*, XXVIII, 5, *De heredi. instit.*, l. 88, § 1.

(2) Justinien, *Institutes*, II, 23, *De fideicom. heredit.*

§ III. — Des conditions d'existence de l'IN BONIS.

Nous avons vu, en expliquant chacune des hypothèses précédentes, qu'il y avait des conditions spéciales à chacune d'elles.

Mais à côté de ces conditions spéciales, il y en avait deux générales, c'est-à-dire communes à ces diverses hypothèses. Il fallait :

A Que les deux parties fussent *cives romani ;*
B Que l'immeuble dont s'agissait fut *italique.*

A Il fallait que les deux parties fussent CIVES ROMANI.

En démontrant que l'*in bonis* n'était pas du tout la propriété du droit des gens, nous avons établi qu'au contraire il fallait être *civis romanus* pour l'avoir.

On ne conçoit pas en effet l'*in bonis* au profit d'un pérégrin dans son cas originaire. Le pérégrin recevant tradition d'une *res mancipi* en devenait plein propriétaire, il acquérait non le domaine romain, mais le domaine pérégrin qui était un domaine complet et non dédoublé.

Pourquoi le dédoublement de l'*in bonis ?* C'était pour punir de n'avoir pas traité les *res mancipi* par la manci-

pation, mode consacré. Or la mancipation n'était pas accessible au pérégrin, donc il ne devait pas être puni.

Les cas secondaires d'*in bonis,* créés par le préteur, ne s'appliquèrent pas non plus au pérégrin. Pourquoi s'y seraient-ils appliqués ? Le préteur les avait créés uniquement pour modifier la trop grande rigueur du *jus civile* à l'égard du *dominium ex jure quiritium,* mais ce *dominium* n'était pas applicable aux pérégrins qui avaient eux une propriété parfaite, le domaine pérégrin. Pas n'était donc besoin de les faire bénéficier de ces nouvelles créations.

Si on admettait que le pérégrin pût avoir l'*in bonis,* comme il ne peut pas usucaper ni, en conséquence, acquérir le domaine romain, il faudrait dire que le *nudum dominium ex jure quiritium* resterait éternellement sur la tête du *civis* qui lui arait transféré l'*in bonis,* ce qui serait, il faut l'avouer, plus que bizarre.

B Il fallait que l'immeuble fût ITALIQUE.

Pour le cas originaire de l'*in bonis* la chose était forcée, puisque les fonds italiques seuls étaient *mancipi.*

Pour les autres cas la chose n'était pas moins évidente, puisque le sol italique seul était susceptible de *dominium jure quiritium ;* le dédoublement de l'*in bonis* ne saurait donc se comprendre que pour lui ; les fonds provinciaux, on le sait, n'étaient susceptibles que d'une sorte de posses-

sion, d'usufruit perpétuel [1], qui donnait non pas les interdits, mais les interdits *utiles ;* c'est-à-dire qui était garantie par une action, réelle il est vrai, mais par une action qui n'était pas la Publicienne [2].

---

(1) Gaïus, *Institutes*, II, § 7.

(2) *Code*, VII, 39, *De præscriptione.*

§ IV. — Des effets juridiques de l'IN BONIS.

A Effets avantageux.

α Au point de vue des éléments de la propriété.
β Au point de vue du bénéfice de l'usucapion.
γ Au point de vue de la garantie.

α Effets quant aux éléments de la propriété.

Les droits de celui qui avait une chose *in bonis,* quant à la possession, à l'usus, au fructus et à l'abusus, sont exactement les mêmes que ceux d'un propriétaire *ex jure quiritium.* Il peut en jouir, en faire un emploi définitif, irrévocable tout comme celui-ci.

Ainsi Gaïus [1] et Ulpien [2] nous disent que celui qui a un esclave *in bonis* bénéficie de ce que l'esclave acquiert, tout comme s'il en avait le *dominium ex jure quiritium,* car, ajoute Gaïus, la puissance dominicale est le propre de l'*in bonis* [3], par exclusion de celui qui a conservé le *nudum jus* sur l'esclave [4].

---

(1) Gaïus, *Institutes,* Com. II, § 88.

(2) Ulpien, *Regulæ,* XIX, § 20.

(3) Gaïus, *Institutes,* Com. I, § 54.

(4) Gaïus, *Institutes,* Com. III, § 166.

Ainsi donc le *nudum jus* est un droit bien inférieur à la possession de bonne foi et à l'usufruit [1].

Il n'y a que celui qui possède l'*in bonis* qui puisse demander la *cautio damni infecti*, si la chose est menacée [2], qui puisse affranchir l'esclave [3], qui puisse donner hypothèque.

Ce dernier effet était tout naturel : l'hypothèque était de création prétorienne, le préteur devait donc accorder cette faculté plutôt à l'*in bonis*, qui était son œuvre, qu'au *nudum jus*, ce vieux reste du rigorisme romain. Aussi Gaïus nous dit-il que le créancier devait prouver, non que son débiteur avait le *dominium quiritium* sur la chose hypothéquée, mais seulement l'*in bonis* [4].

β Effets quant à l'usucapion.

Par usucapion, le propriétaire *in bonis* acquérait la propriété romaine sur sa chose [5]. Plus tard même le préteur lui donna la *præscriptio longi temporis*, avec laquelle il pouvait repousser jusqu'à l'action hypothécaire [6].

M. Huc croit que l'usucapion n'avait pour unique effet

---

(1) Gaïus *Institutes*. Com. II, § 91 ; Com. III, §§ 164. 165.

(2) *Digeste*, XXXIX, 2, *De damno infecto*, l. 18 pr.

(3) *Disput. forensis*.

(4) *Digeste*, XX, 1, *De pignor. et hypoth.*, l. 15, § 1.

(5) Gaïus, *Institutes*, Com. II, §§ 41, 42 ; Ulpien, *Regulæ*, I, § 16.

(6) *Digeste*. XII, 2, *De jurejurando*, l. 13, § 1 ; XLI, 2, *De adq vel amitt. possess.*, l. 3, § 23.

que de transformer l'*in bonis* en domaine romain (1). C'est une erreur. Deux hypothèses pouvaient se présenter :

1° Lorsque, de bonne foi, on avait reçu une chose d'une personne qui n'en était pas propriétaire. (Dans ce cas l'usucapion transformait donc la simple possession en propriété.)

2° Quand on voulait transférer la propriété d'une *res mancipi* par simple tradition. (Dans ce cas elle remplaçait un simple dédoublement de la propriété par le droit de propriété complet.)

Dans le premier cas, applicable aux *res nec mancipi* comme aux *mancipi*, l'usucapion remédiait à un vice de *fond*. Dans le second cas, applicable seulement aux *res mancipi*, l'usucapion avait pour effet d'effacer un vice de forme.

γ Effets quant à la garantie.

Quels moyens le propriétaire prétorien avait-il pour défendre son droit ?

On n'a à ce sujet, dans le Digeste, aucun texte positif, car Justinien ayant fait disparaître la distinction entre les deux sortes de propriété, en fit disparaître aussi les accessoires. On n'a donc que des probabilités.

Selon toute vraisemblance, le propriétaire *in bonis* pouvait se défendre par des exceptions, il pouvait attaquer à l'aide des interdits possessoires et de la publicienne.

---

(1) Huc, *Du formalisme romain*, Toulouse, 1861, p. 71.

1° Il avait, disons-nous, *des exceptions* pour se défendre.

Le point est hors de doute, car la création de l'*in bonis* fut postérieure à l'organisation de la possession de bonne foi, due elle aussi au préteur. Or le possesseur de bonne foi était protégé par le préteur. Ainsi supposons qu'il ait reçu de Secundus un immeuble appartenant à Tertius. Le paiement du prix et la tradition n'ont pas déplacé la propriété, Primus n'est que possesseur de bonne foi. Si Secundus devient héritier de Tertius et qu'en sa nouvelle qualité de propriétaire il veuille revendiquer, le préteur protégera Primus par l'*exceptio rei venditæ et traditæ* ou par l'exception de dol [1].

N'est-il pas probable que, lorsque les esprits se furent déshabitués du vieux formalisme, l'infériorité du possesseur qui avait reçu une chose avec un vice de forme dut paraître bien petite et que la condition de ce possesseur dut paraître aussi digne d'intérêt que celle de l'acheteur qui avait reçu *a non domino*, à l'aide d'un mode approprié ? Ne faut-il pas croire que lui aussi eut les exceptions pour se défendre ? D'abord celle de dol et ensuite une exception appropriée à l'hypothèse où la question de garantie se posait ?

2° Il avait *les interdits,* comme tout possesseur de bonne foi.

---

(1) *Digeste*, VI, 1, *De rei vindicat.*, l. 72; XXI, 3, *De exc. rei venditæ et traditæ*, l. 2; XLIV, 4, *De doli mali et met. except.*, l. 4, § 32.

3° Il avait en outre l'*action publicienne.*

Les auteurs sont loin toutefois d'être unanimes sur ce point, on peut les diviser en effet en quatre systèmes.

PREMIER SYSTÈME : Le propriétaire *in bonis* n'avait pas la revendication, mais il avait, de par le préteur, *la formule pétitoire.*

En effet, disait-on, à la différence de la forme *per sponsionem*, la *formula petitoria*, telle que nous la donne Gaïus [1], ne contient pas les mots « *ex jure quiritium.* » C'est donc bien qu'elle était accessible au titulaire de l'*in bonis.*

Il est vrai que Gaïus [2] et que Cicéron [3] citent une formule pétitoire où se trouvent les mots *ex jure quiritium.* Mais que faut-il conclure de ces textes contradictoires ? Tout simplement que la formule pétitoire pouvait ou non, au choix et suivant la qualité du revendiquant, contenir ces mots ou ne les point contenir [4].

M. Pellat a réfuté d'un mot et d'une façon péremptoire ce système des jurisconsultes allemands [5].

---

(1) Gaïus, *Institutes*, com. IV. §§ 92, 93.

(2) Gaïus, *Institutes*, com. IV, § 41.

(3) Cicero, *In Verrem*, II, 12.

(4) Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Romischen Rechts*, p. 438; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 1876, § 295.

(5) Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et l'usufruit*, 1853, p. 431.

Au dire de Gaïus, en effet, le *bonorum possessor*, parce qu'il puise son droit et sa propriété dans le droit prétorien, ne peut pas prétendre, dans l'*intentio*, que la chose est à lui. « *Cum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere* [1]. »

Donc c'est que cette forme de la revendication supposait chez le revendiquant le *dominium ex jure quiritium.*

Deuxième système : Le titulaire de l'*in bonis* avait *les actions fictices.*

Ainsi le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor*, le fidei-commissaire qui a fait restitution en vertu du trébellien, d'après ce système, auraient eu, avant même que d'avoir été mis en possession, une action dont la formule eût été modifiée par la fiction de la qualité d'héritier : « *Si A. A. Lucio Titio heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esset oporteret.* »

De même aussi, dans le cas originaire de l'*in bonis*, il y aurait eu lieu à une fiction de mancipation : « *Si quem fundum A. A. emit quique ei traditus est, mancipio accepisset, tum si eum fundum, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esset oporteret* [2]. »

---

(1) Gaïus, *Institutes*, com. IV, § 34.

(2) Unterholzner, *Rheinischen Museum*, I. p. 139-141 ; Mackeldey ; Schilling Mühlenbruch, *Antiquitatæ romanæ* d'Heineccius, p. 361. (Dans Pellat, p. 434.)

Cette opinion est inacceptable parce qu'elle suppose de toutes pièces un système d'actions fictices dont aucun texte ne parle. A admettre une fiction, il suffit d'admettre celle de l'usucapion, c'est-à-dire celle de la publicienne.

Ces deux premiers systèmes refusent au propriétaire *in bonis* la publicienne, parce que le texte de l'édit ne parle que de la possession de bonne foi : « *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet judicium dabo* [1]. » Mais, comme nous le montrerons bientôt, ce texte avait été inséré par Justinien. Or, comme celui-ci avait supprimé l'*in bonis,* il n'avait plus besoin de mentionner ce cas d'application de la publicienne.

Selon toute vraisemblance, ce texte devait originairement porter : « *Si quis id quod bona fide emit vel id quod traditur ex justa causa non.....* »

Il est certain que la propriété prétorienne devait être garantie par l'action publicienne. En effet, cette action était donnée, dit Ulpien, à raison des servitudes constituées par voie de simple quasi-tradition [2]. Or, dans cette hypothèse, l'acquéreur de la servitude a un droit absolument de la même nature que celui du propriétaire *in bonis*, c'est donc que la publicienne protège l'*in bonis* tout aussi bien que la possession de bonne foi [3].

---

(1) *Digeste*, VI, 2, *De public. act*, l. 1, prol.

(2) *Digeste*, id., l. 11, § 1.

(3) Accarias, *Dr. rom.*, II, p. 1013.

D'ailleurs le domaine régulier de l'action publicienne est identique à celui de l'usucapion. De même que l'usucapion est admise au profit du propriétaire prétorien et du simple possesseur de bonne foi, de même la publicienne protége indistinctement ces deux sortes de personnes [1].

Toutefois les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir laquelle des deux institutions a amené la création de l'action publicienne. De là trois systèmes :

TROISIÈME SYSTÈME : Le titulaire de l'*in bonis* a l'action publicienne, et celle-ci a été introduite à l'origine, justement dans l'intérêt exclusif de celui qui, ayant reçu une chose avec juste cause, mais par la tradition d'une *res mancipi*, en perd la possession avant l'usucapion achevée. La publicienne n'aurait été étendue que plus tard à tout possesseur de bonne foi.

Ce qui montre, dit-on, cette origine de la publicienne, c'est la généralité du texte de l'édit qui accorde cette action à ceux qui n'ont pas usucapé la chose livrée *ex justa causa*, termes qui ne conviennent qu'à l'*in bonis* [2].

Il est vrai que ce même texte, reproduit aux Pandectes, contient les mots *a non domino*, expression qui ne peut viser que l'hypothèse du possesseur de bonne foi, mais il est probable, pense cette opinion, que ces mots ont été ajoutés par Justinien qui, ayant unifié la propriété, ne conservait que cette hypothèse pour l'application de la publi-

---

(1) Accarias, *Dr. rom.*, II, p. 1010.

(2) *Digeste*, VI, 2, *De public. in rem act.*, l. 1 princ.

cienne. Ce qui le prouverait, c'est que ces mots sont les seuls qu'Ulpien ne reprend pas ensuite pour les commenter, donc c'est qu'ils ont été ajoutés après coup par Justinien.

Pourquoi le préteur se serait-il occupé d'améliorer le sort du possesseur de bonne foi ? Pas n'en était besoin, puisque celui-ci était suffisamment protégé déjà par l'usucapion. L'action publicienne n'a eu pour but de protéger que celui qui avait l'*in bonis* (1).

Que la situation de l'*in bonis* nécessitât davantage l'intervention du préteur et l'emploi de la Publicienne, bien. Mais est-ce à dire pour cela que la situation du possesseur de bonne foi *a non domino* fut parfaite ? Non, car ce possesseur de bonne foi restait désarmé devant le vrai propriétaire.

Il est certain que l'Édit visé s'occupait du possesseur de bonne foi : en effet Ulpien, dans ce même texte, commente les mots « *qui bona fide emit ;* » or la bonne foi, corrélative à la livraison *a non domino*, est le propre de la *bonæ fidei possessio* (2).

Quatrième système : La Publicienne est applicable à l'*in bonis,* mais elle n'a pas été créée pour lui, elle n'a été qu'empruntée à la possession de bonne foi qu'elle garantissait.

---

(1) Du Caurroy, *Institutes explic.*, Paris 1851, II, § 1189 ; Demangeat, *Cours de droit romain*, 1865, II, p. 501 ; Gimmerthal, *Die publicianische Klage und die Mancipation*, Bremen 1881, § 12.

(1) *Digeste,* VI, 2, *De public. in rem act.*, l. 7, § 11.

Lorsque le possesseur de bonne foi venait à perdre sa possession avant d'avoir usucapé, il se trouvait dénué de toute action d'après le droit civil.

Le préteur, trouvant sa situation digne d'intérêt, suppléa dans ce cas au temps de l'usucapion et supposa celui-ci écoulé. Par l'action publicienne, le possesseur de bonne foi était donc admis à prouver, qu'en supposant écoulé le temps nécessaire à l'usucapion, il se trouverait propriétaire.

Aussi, plus tard, lorsque celui qui avait l'*in bonis*, ne pouvant revendiquer, se trouva sans action, le préteur suppléa aussi au temps requis, lequel aurait transformé l'*in bonis* en *dominium ex jure quiritium*, en lui ouvrant la même voie, en lui donnant la *Publicienne*. N'était-il pas naturel de lui appliquer ce qui existait déjà en cas de possession de bonne foi, situation analogue [1] ?

Gaïus, en nous parlant de la formule et des conditions de la Publicienne, emploie des termes qui s'appliquent également aux deux hypothèses [2], et Justinien, qui n'a conservé que le cas de la possession de bonne foi — puisqu'ayant aboli la distinction des deux propriétés, l'usucapion de la chose *in bonis* ne se comprendrait plus, — emploie encore des termes très généraux [3].

---

(1) De Savigny, *Lehre des Besitges*, Paris 1865, p. 116, note 1 ; Ballhorn-Rosen, *Uber Dominium*, Lemgo 1822, p. 109-125 ; Zimmern, *Rheinisches museum*, III, p. 311-364 ; Puchta, *Cursus der Institutionen*, § 236, t. II, p. 632-634 ; Pellat, *Propriété et usufruit*, 1853, p. 435 ; Ribéreau, *Théorie de l'in bonis*, p. 77-79.

(2) Gaïus, *Institutes*, Com. IV, § 36.

(3) Justinien, *Institutes*, IV, 6 ; *De action* , § 4.

CINQUIÈME SYSTÈME : La Publicienne a été dès l'origine organisée au profit de l'acquéreur avec juste titre et bonne foi, en même temps qu'au profit du propriétaire *in bonis*.

Les deux intérêts réclamèrent simultanément protection. Dès qu'on pût porter la revendication devant un juge, évitant de cette façon là les formalités des *legis actiones* et la compétence des centumvirs, dès que les interdits *retinendæ possessionis* remplacèrent les *vindiciæ,* il fut nécessaire de protéger le possesseur de bonne foi. Mais, comme précisément la révolution économique, qui multiplia le nombre des domaines *in bonis*, est précisément de la même époque — c'est-à-dire, d'après M. Appleton, vers l'an 600 de Rome [1] — les deux situations durent attirer en même temps l'attention du magistrat créateur de l'édit.

La Publicienne n'a donc pas été organisée d'abord pour le propriétaire prétorien, comme l'a soutenu le troisième système exposé plus haut, mais il ne faut pas dire non plus, avec le quatrième système, qu'elle n'a été créée à l'origine que pour le possesseur de bonne foi, et qu'elle n'a été étendue à l'*habens in bonis* qu'après coup et postérieurement [2].

Toutefois, les auteurs qui admettent cette unité de temps dans l'application de la Publicienne aux deux hypothèses, sont forcés de reconnaître que la situation intéressante du

---

(1) Appleton, *De la Publicienne et de l'utilis vindicatio (Nouvelle Revue histor. de droit français et étranger*, 1885, p. 480-493*)*.

(2) Appleton, *loc. citat.*, p. 493-500 ; Accarias, *Droit rom* , II, p. 1010.

possesseur de bonne foi *a non domino* a peut-être, plus anciennement que celle du propriétaire *in bonis*, attiré l'attention du législateur.

D'après l'opinion générale, en effet, c'est en faveur de l'acquéreur de bonne foi *a non domino* et dans un but d'utilité publique que l'usucapion a été admise.

Les textes parlent du *vetustissimum jus bonæ fidei possessoris* (1).

La situation du possesseur de bonne foi est même plus digne d'intérêt que celle de l'*habens in bonis*, car celui-ci n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il n'a pas acquis le *jus quiritium*, il n'avait qu'à exiger l'emploi de la mancipation, tandis que le possesseur de bonne foi n'est fautif en rien et il supporte une infériorité de droit qu'il ne dépendait pas de lui d'éviter.

Parmi les auteurs qui accordent la publicienne dans les deux hypothèses, une question subsidiaire est venue se greffer sur la précédente : *la même formule était-elle applicable aux deux hypothèses ?*

Quelques auteurs ont admis l'existence de deux formules : l'une, donnée au propriétaire *in bonis*, ainsi conçue : « *Si quem hominem A. A. emit... ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret* (2) ; » l'autre, réservée au pos-

---

(1) *Digeste*, XLIX, 15, *De captivis et postliminio*, l. 12, § 8.

(2) Gaïus, *Instit.*, com. IV, § 36.

sesseur de bonne foi : « *Si quem hominem A. A. bona fide emit et is ei.....* »

Ces auteurs prétendent que l'édit prévoyait, soit dans la même disposition [1], soit par deux dispositions [2], les deux cas bien distincts et séparés.

Cette existence de deux dispositions de l'édit et celle de deux formules paraît inadmissible. Gaïus ne parle que d'une. Pourquoi deux formules alors qu'une seule suffit dans les deux hypothèses ? L'édit eût été interminable s'il eût dû contenir une formule pour tous les cas. Il est vraisemblable que le préteur se bornait à donner la formule typique, la vieille formule de Publicius qui prévoyait le cas le plus fréquent.

« *Si quis id quod traditur ex justa causa et nondum usucaptum petet judicium dabo* [3].

Ei, qui bona fide emit formulam in hunc modum conceptam dabo [4] :

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esse oporteret [5]. »

Faut-il, pour invoquer la Publicienne, avoir été posses-

---

(1) Huschke, *Das Recht der publicianischen Klage*, Stuttgart, 1874, p. 12 et 14.

(2) Rudorff, *Edictum perpetuum*, p. 75.

(3) *Digeste*, VI, 2, *De public. act.*, l. 1 pr.

(4) » l. 7, § 11.

(5) Gaïus, *Instit.*, com. IV, § 36.

seur, ou bien l'exercice de cette action est-il indépendant de la possession ?

L'école allemande soutient qu'en l'absence de texte formel, on ne saurait exiger cette condition [1]. Nous nous demandons comment des esprits aussi sérieux ont pu s'arrêter à un pareil système. La Publicienne est fondée sur cette fiction que l'usucapion commencée a été achevée. Or l'usucapion n'a pu commencer qu'avec la possession. « *Sine possessione usucapio contingere non potest* [2]. » Aussi l'opinion allemande est-elle aujourd'hui généralement repoussée [3].

On a cherché cependant à tirer argument d'un texte dans lequel Paul dit que celui à qui on a fait restitution de l'hérédité en vertu du Trébellien, alors même qu'il ne serait pas nanti de la possession, peut exercer la Publicienne [4].

Cet argument est sans portée, car il suppose que l'usucapion a été commencée par le défunt ; il n'y a là qu'une continuation de la même usucapion, continuation faite par l'héritier à titre universel, puisque l'effet de la restitution trébellianique a été de faire passer de plein droit les actions

---

(1) Vinnius, *Selectæ quæstiones*, I, ch. 27 ; Puchta, *loc. citat.*, § 233, t. II, p. 602 ; de Hasse, *Rheinisches Museum*, t. II, p. 361 ; de Vangerow, *Lehrbuch*, 1876, § 335, t. I, p. 756.

(2) *Digeste*, XLI, 3, *De usurp. et usuc.*, l. 25 ; Gaïus, *Institutes*, com. IV, § 36 ; Justinien, *Institutes*, IV, 6, *De act* , § 4 ; *Digeste*, VI, 2, *De publiciana in rem actione*, l. 2, l. 12 in princ. et § 7.

(3) Cujas, *Comment.* au titre *De public. in rem act.*, t. VII, p. 343 ; Ant. Fabre, au même titre ; de Savigny, *loc. citat.*, t. IV, p. 246 ; de Voët, *Comment.* ; Pellat, *Propriété et usufruit*, p. 454 ; Demangeat, *Cours de dr. romain*, 1865, II, p. 505.

(4) *Digeste*, VI, 2, *De public. in rem actione*, l. 12, § 1.

et droits, de la tête de l'héritier fiduciaire, sur celle du fidéicommissaire.

Grâce à la Publicienne, le titulaire de l'*in bonis* qui aurait perdu la possession la recouvrera facilement contre un tiers.

S'il agit contre le vrai propriétaire, comme celui-ci lui opposera l'exception *justi dominii,* le demandeur devra faire insérer dans sa formule la réplique de dol ou celle de la *rei venditæ et traditæ* ou *donatæ et traditæ,* réplique qui triomphera, à moins qu'elle ne soit paralysée par une duplique spéciale, ainsi que nous l'avons dit, telle que celle de la *loi Cincia,* dans le cas où la donation, intervenue entre personnes non exceptées, eût dépassé le taux fixé par cette loi.

Si le titulaire a conservé la possession, comme nous l'avons montré, il est défendeur et a, en conséquence, l'exception de dol et l'*exceptio rei donatæ, venditæ et traditæ.* Nous avons expliqué précédemment en quoi cette seconde exception était préférable à la première, qui ne pouvait pas être opposée aux personnes illustres, ni aux ascendants, et qui, étant personnelle, n'était pas opposable aux successeurs même universels.

B Effets désavantageux.

Il est certains effets que l'*in bonis* n'avait pas enlevés à la propriété romaine et qui restèrent toujours attachés

au *nudum jus*. Sur ces divers points donc on pouvait dire que la propriété prétorienne était affectée d'une certaine infériorité.

1° Elle n'était pas susceptible de revendication. L'*in bonis,* de création prétorienne, était garantie par une action prétorienne, par l'*in rem Publiciana*. Quant à la revendication, elle restait toujours attachée au *nudum dominium ex jure quiritium,* mais à l'état de formule théorique, sans aucune efficacité, paralysée qu'elle était à l'égard de celui qui avait l'*in bonis* par les exceptions ; elle était utile seulement à l'égard des tiers possesseurs qui n'étaient pas le titulaire de l'*in bonis* ni son ayant-cause.

Comme conséquence de cette incapacité du propriétaire prétorien à exercer la *rei vindicatio,* il faut signaler celle de léguer *per vindicationem* la chose *in bonis*. Par un legs, en effet, on ne transfère que la propriété qu'on possède : *Nemo plus in alium transferre potest quam ipse habet.* Or, si le légataire n'a que l'*in bonis* de la chose, il ne peut pas la revendiquer et la revendication était justement de l'essence de cette forme de legs. « *Per vindicationem legatum appellatur quia post aditam hereditatem statim ex jure quiritium res legatarii fit... Eam rem legatarius, vindicare debet, id est intendere rem suam ex jure quiritium esse... Talem autem solæ res per vindicationem legantur recte, quæ ex jure quiritium ipsius testatoris sunt* [1]. » Il faut de plus, dit la loi, être propriétaire des

---

(1) Gaïus, *Institutes*, com. II, §§ 194, 196, 197.

choses qu'on lègue par ce mode, à l'époque de la confection du testament et de la mort pour les choses certaines, seulement à la mort pour les choses qui se mesurent, se comptent ou se pèsent. Mais remarquons que c'est le légataire qui souffre de cette impossibilité et non le testateur.

D'abord inefficace hors de ces conditions, on sait que ce legs fut considéré, par le senatusconsulte néronien, valable comme fait *per damnationem* et sanctionné par une action personnelle *ex testamento* [1].

2° Elle n'était pas susceptible d'aliénation par tous les modes du droit civil.

Ainsi la *mancipatio*, l'*in jure cessio,* tout comme le legs *per vindicationem,* contenaient les mots : *ex jure quiritium.* Donc, par leur forme même, ils ne pouvaient pas s'appliquer à l'*in bonis.*

Toutefois l'*adjudicatio* pouvait s'y appliquer. Gaïus dit en effet : « *Si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidam ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiœ erciscundœ judicis officio prestabitur* [2]. »

Cette insusceptibilité de la plupart des modes d'acquisition *jure civili* était surtout gênante pour la constitution des servitudes réelles ou personnelles, qui, on le sait, ne pouvaient être valablement établies que par des modes *jure*

---

(1) Ulpien, *Regulœ,* XXIV, § 11.

(2) Gaïus, *Institutes,* com. II, § 222.

civili [1]. On devait donc y suppléer par des pactes et stipulations, tout comme on le faisait pour les servitudes à établir sur le sol provincial [2].

Cette infériorité n'était guère sensible dans la plupart des cas. L'*habens in bonis* n'avait-il pas à sa disposition un mode aussi simple que pratique : la tradition ?

3° L'affranchissement fait par le maître *in bonis* d'un esclave impubère ne lui donnait pas la tutelle de l'affranchi.

Le *manumissor* n'avait droit qu'aux biens de l'esclave affranchi ; quant à la tutelle, la loi *Julia Norbana* la réserve au *nudum jus quiritium* [3].

Il y avait là probablement un souvenir de l'ancien droit. A l'origine, la manumission, pour être valable, exigeait le concours des deux maîtres, à la fois de celui qui avait l'esclave *in bonis* et de celui qui avait conservé le *nudum jus*. Faite par le propriétaire prétorien, elle valait comme simple renonciation et l'esclave appartenait désormais exclusivement au propriétaire romain. La loi *Julia Norbana*, en faveur des affranchissements, valida la manumission faite seulement par le propriétaire *in bonis*. En compensation du droit dont il dépouillait le *nudum jus*, il lui accorda une sorte de patronat honorifique sur l'affranchi.

C'est le propriétaire prétorien qui avait les avantages solides, c'est lui qui notamment recueillait la fortune laissée

---

(1) *Fragmenta vaticana*, § 47.

(2) Gaïus, *Institutes*, com. II, § 31.

(3) Gaïus, *Institutes*, com. I, § 167 ; Ulpien, *Regulæ*, XI, § 19.

par l'affranchi à son décès, *jure quodam modo peculii* [1]. Quant à la tutelle légitime, il échappait en cela à une charge plutôt qu'il ne perdait un avantage, car on sait que, créée dans l'interêt du tuteur, cette tutelle ne devint bientôt plus qu'une charge.

4° L'affranchissement fait par le maître *in bonis* ne rendait pas l'esclave citoyen, elle n'en faisait qu'un latin-junien [2]. Mais remarquons encore ici que c'est l'affranchi seul qui souffre de l'imperfection de l'*in bonis*.

On sait que l'affranchissement fait par le propriétaire du *nudum jus* n'avait pas d'effet. Puchta enseigne que cet acte équivalait de sa part à une simple renonciation [3]. Il n'est pas admissible que ce *nudum jus* fut éteint et qu'une chose qui *était dans les biens* de quelqu'un ne fût pas soumise au *nudum jus* d'une autre.

D'après M. Ribéreau, il faut dire que le *nudum jus*, en ce cas, accroissait au droit de l'*in bonis* et que ce domaine devenait dès lors véritable propriété romaine, tout comme, par l'effet d'une renonciation, la part d'un héritier accroissait de plein droit à celle de son co-héritier.

Cette comparaison est-elle concluante ? Nous ne le pensons pas, car tout héritier a une vocation à l'hérédité tout entière, tandis que le titulaire de l'*in bonis* souffre uniquement du défaut de la forme d'acquisition employée,

---

(1) Gaïus, *Institutes*, com. III, § 56.

(2) Gaïus, *Institutes*, com. I, § 17 ; Ulpien, *Regulæ*, I, § 16.

(3) Puchta, *Cursus der Institutionen*, p. 236.

c'est un effet, une punition de la loi et pas autre chose. Il devra donc, selon nous, attendre la fin de l'usucapion pour avoir le domaine complet sur l'esclave. D'ailleurs la question a, croyons-nous, fort peu d'intérêt pratique.

Il résulte de tous ces caractères de l'*in bonis* que cette institution a la plus grande analogie avec la possession de bonne foi. La filiation est même certaine.

Comme complément à cette question, exposons le tableau des ressemblances et des différences qui existent entre les deux hypothèses.

On peut définir l'*in bonis :* l'état juridique de la personne qui, à cause du formalisme dont est empreint la vieille loi civile romaine, n'acquiert qu'une propriété incomplète et innommée, due au préteur, au lieu d'acquérir la vraie propriété, munie de tous ses accessoires.

Le possesseur de bonne foi est une personne qui, croyant traiter avec le propriétaire légitime, a reçu, par tradition *a non domino* et cependant *ex justa causa,* une chose dont il ne peut devenir que simple possesseur.

Les ressemblances entre l'état respectif de chacune de ces deux personnes sont les suivantes. Toutes deux peuvent :

1° Usucaper ;

2° Accomplir la *longi temporis præscriptio ;*

3° Exercer l'action publicienne ;

4° Obtenir les interdits possessoires.

Mais, sur d'autres points, cet état est bien différent. Voici en effet qui les différencie :

1° L'*in bonis* donne une exception contre le vrai propriétaire.

La *bonæ fidei possessio* ne la donne pas, parce qu'il serait injuste ici de paralyser la revendication du propriétaire qui, en ce cas, n'a rien transféré du tout, n'est coupable en rien ; tandis que dans l'*in bonis* il est juste de la paralyser, puisque c'est le propriétaire lui-même qui a agi, qui a fait la tradition.

2° Lorsque le possesseur de bonne foi, ayant perdu la possession, exerçait l'action publicienne à l'encontre du vrai propriétaire, celui-ci triomphait s'il faisait joindre à la formule l'*exceptio justi dominii.*

Au contraire le titulaire de l'*in bonis* triomphait, même contre le vrai propriétaire *ex jure quiritium* pour la raison donnée plus haut ; car, à l'exception *justi dominii,* il opposait la réplique *rei donatæ, venditæ et traditæ,* ou encore la réplique de dol.

3° Si le possesseur de bonne foi intente la Publicienne contre un autre possesseur de bonne foi, il n'est pas sûr qu'il triomphe. On sait que dans ce cas il faut distinguer : si deux possesseurs de bonne foi ont reçu *a non domino* du même tiers, c'est celui qui le premier a reçu tradition qui doit triompher. S'ils ont reçu tradition de deux tiers différents, les Sabiniens donnaient l'avantage au possesseur actuel, rejetant avec raison l'assimilation faite par les Proculiens de cette hypothèse avec la précédente [1].

---

(1) *Digeste*, VI, 2, *De public. in rem act.*, l. 9, § 4 ; XIX, 1, *De act. empti et vendit.* l. 31, § 2.

Au contraire le propriétaire de l'*in bonis* l'emportera toujours, même contre les possesseurs de bonne foi, puisqu'il l'emporte sur le propriétaire *jure quiritium* lui-même; *a fortiori* doit-il triompher des simples possesseurs.

4° Tandis que le possesseur de bonne foi, ne faisant les fruits siens que jusqu'à la *litis contestatio*, doit restituer ceux perçus postérieurement, le titulaire de l'*in bonis* n'est tenu à aucune restitution, même dans le cas où il perdrait son procès.

5° Tandis que le possesseur de bonne foi ne pouvait hypothéquer en quelque sorte que conditionnellement, que la formule hypothécaire n'était délivrée qu'*utilement* et que l'action servienne donnée contre lui était appuyée par une exception de dol, pour l'empêcher d'exciper de sa non-propriété, le titulaire de l'*in bonis*, au contraire, comme nous l'avons montré précédemment, pouvait donner hypothèque actuelle, pure et simple, et par conséquent ne pouvait pas exciper de sa qualité de non-propriétaire *ex jure quiritium* (1).

En résumé, on voit que ce qui distingue la situation du *possessor bonæ fidei* de celle du titulaire de l'*in bonis*, c'est que le premier ne peut guère résister qu'aux tiers, tandis que la situation du second a été justement créée

---

(1) *Digeste*, XX, 1, *De pignor. et hypot.*, l. 15, § 1, l. 21, § 1; Machelard, *Textes de droit romain*, Paris 1856, p. 140 suiv.; Walter, *Geschichte* .., § 570.

pour lui permettre de résister en outre au *dominus ex jure quiritium.*

Cependant il est des cas où, par suite de certaines coïncidences, la situation des deux individus sera analogue.

1° Supposons, en effet, que le tiers qui a livré *a non domino* hérite du vrai propriétaire. Il se trouve à peu près dans la même situation que le *nudus dominus ex jure quiritium*, car on pourra lui opposer l'exception de dol, l'exception *rei venditæ, donatæ et traditæ,* soit dans le cas où il revendiquerait, soit dans le cas où on le poursuivrait par l'action publicienne (1).

2° Le possesseur de bonne foi, après la délivrance de la formule, perd par sa faute la possession. Il doit payer l'estimation faite par le *judex* de la chose. Il poursuivra la restitution à l'aide de l'action publicienne. Si le vrai propriétaire en recouvre la possession, il ne pourra pas opposer au poursuivant l'exception *justi dominii,* ou du moins il se heurterait à une exception de dol, car il a reçu déjà l'estimation de la chose, il ne peut donc pas garder en outre la chose elle-même (2).

3° Un propriétaire donne mandat de vendre et révoque ce mandat après le contrat de vente, mais avant la tradition. Le mandataire est obligé de livrer, mais cette livraison ne transférera pas la propriété. Si donc le propriétaire revendique entre les mains de l'acheteur, celui-ci, possesseur

---

(1) *Digeste*, VI, 1, *De rei vindic.*, l. 72.

(2) *Digeste*, VI, 1, *De rei vindic.*, l. 63.

de bonne foi, le repoussera par une exception : « *Si non auctor petitoris ex voluntate possessoris vendidit* [1]. »

4° Le possesseur de bonne foi s'absente après avoir donné mandat de vendre. Le mandataire meurt. Ses héritiers, se croyant à tort obligés de remplir le mandat de leur auteur, vendent à un tiers de bonne foi, celui-ci usucape. Le possesseur revient et intente la Publicienne, il triomphera et obtiendra sa chose sans que le tiers qui a usucapé puisse lui opposer *l'exceptio justi dominii*, car le préteur considère comme une chose équitable de donner la *restitutio in integrum* à l'absent, ce qui annule radicalement et rétroactivement l'usucapion même parachevée [2].

5° Le possesseur de bonne foi gagne un procès en revendication que lui intente un prétendu propriétaire. Ce dernier acquiert la possession, on exerce contre lui la Publicienne, et il sera condamné, car il ne pourra pas opposer l'exception *justi dominii*; dans le procès précédent, en effet, il a été jugé que ce n'était pas lui qui était le vrai propriétaire, on lui opposera donc la réplique *rei judicatæ* [3].

6° Une chose qui n'a été vendue que sous condition suspensive est cependant livrée. La propriété n'est pas transférée, et, rigoureusement, elle peut être revendiquée. Mais le possesseur aura dans ce cas, pour repousser la

---

(1) *Digeste*, VI, 2, *De public. in rem act.*, l. 14.

(2) *Digeste*, XVII, 1, *Mandati*, l. 57.

(3) *Digeste*, XLIV, 2, *De except. rei judicatæ*, l. 24.

rei vindicatio, l'exception de dol ou une exception *in factum* [1].

7° Le possesseur de bonne foi d'un esclave en fait abandon noxal, le nouveau possesseur, avant de l'avoir usucapé, est attaqué par une revendication du vrai propriétaire, il le repoussera par une exception de dol en lui disant : si l'esclave avait été à vous, il aurait fallu ou me payer l'indemnité ou me faire vous-même cet abandon noxal. De quoi donc vous plaignez-vous ? Si je vous le restituais, il faudrait que vous me le rendiez [2].

8° Supposons que le revendiquant soit devenu volontairement ou de par la loi caution de l'aliénateur, il sera repoussé par une exception [3].

9° L'exception de dol ou de garantie est opposable au successeur du véritable propriétaire, tout comme elle l'était à celui-ci [4].

---

(1) *Digeste*, XXIII, 3, *De jure dotal.*, l. 7, § 3; XII, 4, *De condict. causa data*, l. 8.

(2) *Digeste*, IX, 4, *De nox. act.*, l. 28.

(3) *Code*, VIII, 45, *De evictione*, c. 11.

(4) *Digeste*, XXI, 3, *De except. rei vindic.*, l. 3, § 1 ; Cujas, *Commentaires* au titre de l'*action publicienne*, t. VIII, p. 341 ; Pellat, *Propriété et usufruit*, 1863, § 37, p. 595.

CHAPITRE TROISIÈME

—

Fin de l'IN BONIS.

Telle est l'histoire des moyens par lesquels le préteur chercha, relativement à la propriété, à réaliser l'application du droit naturel, du droit des gens, de l'équité.

Il faudrait se garder de prendre les définitions de ces trois termes à la lettre, se garder de croire qu'il y ait dans le droit des règles absolues, comme en mathématique, des principes immuables, et qu'il suffit de faire appel à l'équité qui se trouve dans la conscience de chacun pour obtenir les mêmes solutions sur les mêmes difficultés.

Cet historique de la propriété romaine est bien une preuve que les sociétés humaines sont soumises à des changements continuels. « Les conditions économiques, politiques, sociales se modifient suivant les époques, et les hommes sont naturellement conduits à faire subir à leurs institutions des variations correspondantes. Or, lorsqu'ils ont été amenés à modifier une disposition qui leur paraissait anormale, irrégulière, en contradiction avec leur état social,

ils ont dit qu'ils se rapprochaient du droit tel qu'il a été établi par la nature, c'est-à-dire du droit naturel. Le droit naturel a été pour eux une sorte d'idéal dont ils pensaient approcher toutes les fois qu'ils cherchaient à corriger leur droit positif, de manière à le mettre en harmonie avec des exigences sociales nouvelles.

C'est ce que disaient les Romains lorsqu'ils assimilaient le plébéien au patricien, l'étranger au citoyen, la propriété créée par le préteur à celle qui reposait sur le droit civil. Quant à prétendre qu'il y a un droit établi par la nature et applicable à tous les hommes, l'humanité s'est tellement modifiée, suivant les temps et suivant les lieux, qu'on ne saurait évidemment le soutenir.

Le droit d'une part est variable, puisqu'il dépend de la société à laquelle il s'applique et qu'il doit être en harmonie avec le degré de développement de celle-ci ; mais d'autre part il n'a rien d'arbitraire, puisqu'il est une sorte de résultante des conditions économiques et sociales d'une nation donnée et que toutes les conventions humaines ne sauraient toucher à ces conditions et faire qu'elles ne soient point [1]. »

C'est en application de cette même loi naturelle d'évolution que la propriété prétorienne, qui avait été un progrès, devait à son tour être modifiée, devait à son tour disparaître. Progrès incessants du droit comme de toutes choses ! Progrès qui ne sera pas définitif, puisqu'il manquera encore

(1) Alfred Gautier, *Histoire du Droit*, 1884, p. 15.

à la propriété ce fleuron qui ne lui sera donné que quinze siècles plus tard : la possibilité d'être transmise par le simple consentement !

On sait qu'au milieu d'une civilisation plus raffinée, sous le souffle des idées d'équité qui marquent le début du christianisme, la réorganisation entreprise par Justinien devait faire disparaître les dernières rigueurs, les dernières subtilités, que, plus timide, le préteur avait respectées en nom, sinon en fait.

Le droit des gens, peu à peu était monté et avait étouffé le droit civil : puissance maritale, puissance paternelle, loi des successions, droits des obligations, grâce à cette influence, avaient perdu de défaite en défaite leurs formes sacramentelles, leurs rigueurs d'un autre âge et s'étaient ouverts à des principes plus larges, plus équitables.

De quel prix pouvaient être pour le législateur du Bas-empire ces transactions habiles de l'édit, ces chefs-d'œuvre de subtilité dus au préteur ?

Faut-il donc s'étonner de voir Justinien abolir la distinction antique des *res mancipi* et des *res nec mancipi* (1), et partant la division entre l'*in bonis* et le *nudum jus*. Comme à cette époque c'était l'*in bonis* qui avait avec lui tous les avantages, Justinien se borne à supprimer le *nudum jus* (2).

---

(1) *Code*, VII, 31, *De usucap. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.*

(2) *Code*, VII, 25, *De nudo jure quiritium tollendo.*

Cette suppression entraînait les conséquences suivantes :

1° Il n'y aura plus désormais pour toutes choses, sans distinction de situation ni de nature, qu'une seule espèce de propriété.

2° Cette propriété s'acquerra par la tradition.

3° Cette propriété sera garantie par la revendication.

La Publicienne existera toujours, mais, comme nous l'avons dit, elle n'aura plus d'utilité que pour le possesseur de bonne foi [1].

Telle est l'histoire de la propriété prétorienne : elle est un curieux exemple de la façon dont procédaient les Romains, sévères observateurs de la tradition, pour renover leurs coutumes et leurs lois. Ce n'était pas brusquement qu'ils innovaient, comme on l'a vu faire pour leurs malheurs à bien des peuples modernes ! C'est au contraire peu à peu qu'ils opéraient. A côté de l'arbre dont les rameaux ne leur suffisaient plus, au lieu de l'abattre pour y planter en place un arbrisseau et être obligés d'attendre que celui-ci ait poussé, en gens sages et prudents, ils n'abattaient rien et se contentaient de planter à côté. Le jeune arbrisseau croissait à son aise pendant que le vieil arbre laissait tomber peu à peu son bois mort.

Les institutions prétoriennes ont été le trait-d'union entre

---

(1) Walter, *Geschichte*, § 569.

ces deux législations opposées par l'esprit et par l'âge, elles ont ménagé la transition de l'une à l'autre.

Désormais, grâce aux sages innovations de Justinien, débarrassé de ses imperfections d'origine, le droit romain nous apparaît dans sa majestueuse simplicité, si grand, si beau, si fort, qu'on aurait pu déjà prévoir qu'il serait la base de nos législations modernes, comme il la sera longtemps encore des législations futures !

FIN.

Aix. — *Imprimerie ILLY-BRUN, rue Manuel,* 20. — 1888.

